HISTÓRIA DO DIREITO PORTUGUÊS

NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA

Nasceu em Lisboa, em 1933. Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 1955, concluiu, no ano seguinte, o Curso Complementar de Ciências Histórico-Jurídicas. Em 1957/1958 foi Bolseiro do Instituto de Alta-Cultura em Roma, frequentando o curso de *Direito Comum* do Prof. Francesco Calasso. A partir de 1958, exerceu funções docentes na referida Faculdade de Direito de Lisboa, onde se doutorou em Ciências Histórico-Jurídicas, no ano de 1964. A partir de 1963/1964, assumiu a regência da Cadeira de *História do Direito Português*. Em 1973/1974, foi-lhe confiada a regência da Cadeira de *Direito das Sucessões*. Em 1977/1978, teve a seu cargo a coordenação das Cadeiras de *História das Instituições* e do *Direito das Sucessões*. Em Novembro de 1980, rescindiu o seu contrato de Professor da Faculdade de Direito de Universidade de Lisboa. Em 1981, foi convidado para reger *História do Pensamento Jurídico* no Curso de Direito do Departamento de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa.
Participou na Comissão Revisora do Código Civil, no tocante ao Direito das Sucessões. É Consultor Jurídico do Banco de Portugal.

PRINCIPAIS PUBLICAÇÕES:

— *Bártolo na História do Direito Português*, Lisboa, 1960.
— *João das Regras e outros Juristas Portugueses da Universidade de Bolonha*, Lisboa, 1960.
— *Humanismo e Direito em Portugal no século XVI*, Lisboa, 1964.
— *O Direito Subsidiário num Comentário às Ordenações Manuelinas atribuído a Luís Correia*, Lisboa, 1973.
— *O Chanceler João das Regras, Prior da Igreja da Oliveira em Guimarães — A propósito de um estudo recente*, Lisboa, 1973.
— *O Direito Subsidiário das Ordenações Filipinas num Comentário de António Leitão Homem*, Coimbra, 1977.
— *Sobre os Compiladores das Ordenações Filipinas*, Lisboa, 1977.
— *Algumas notas sobre a edição das Ordenações Manuelinas de 1512-1513*, Braga, 1977.
— *O sistema de fontes nas Ordenações Afonsinas*, Braga, 1980.
— *Sobre o abreviamento dos cinco livros das Ordenações ao tempo de D. João II*, Lisboa, 1981.

HISTÓRIA DO DIREITO PORTUGUÊS

Ao Senhor Dr. J. M. Scholz, homenagem amiga
de
Manf. Efimia Jaime de Silva

6/IX/935

NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA

HISTÓRIA DO DIREITO PORTUGUÊS

FONTES de DIREITO

FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN | LISBOA

À memória de Marcello Caetano
A Raúl Ventura

Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte

04-0[illegible] 459

Reservados todos os direitos de acordo com a lei
Edição da
FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN
Avenida de Berna | Lisboa

PREFÁCIO

Este livro tem, como ponto de partida, lições proferidas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na regência da Cadeira de História do Direito Português e que tiveram edições ciclostiladas em 1965, 1967, 1969, 1971 e 1980; ainda que impresso, agora, pela primeira vez, é, pois, substancialmente, uma sexta edição. O texto beneficia, também, das lições do Curso de História do Pensamento Jurídico que o Autor rege, desde 1981, no Departamento de Direito da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa, em Lisboa.

Trabalhou o Autor, na qualidade de assistente, com Marcello Caetano e Raúl Ventura: a ambos ficou a dever incitamento, conselho, orientação, exemplo e amizade. Não o esquece. Por isso, o presente livro é dedicado à memória de Marcello Caetano e a Raúl Ventura. É uma bem pobre homenagem.

Como é óbvio — e de justiça — o Autor não pode deixar de, reconhecidamente, agradecer à Fundação Gulbenkian — em especial ao Presidente Azeredo Perdigão e aos Professores Ferrer Correia e Joel Serrão — o ter-se admitido o presente livro no núcleo das suas prestigiadas edições. Um sincero agradecimento.

Uma última palavra, de fraterno aceno, aos estudantes — para quem o livro nasceu — e com quem o Autor sempre manteve sereno e frutuoso diálogo.

Nuno J. Espinosa Gomes da Silva

História do Direito Português

FONTES de DIREITO

INTRODUÇÃO

1. *Ideia de Direito.* Constitui objecto do presente livro o estudo da História do Direito Português. Impõe-se, pois, que, previamente, fixemos e esclareçamos alguns aspectos delimitadores do objecto desse estudo.

Aproximemo-nos, em primeiro lugar, da ideia de Direito: para tanto, assentemos em que as sociedades humanas, para subsistirem, carecem de *regras* definidoras do que cada um dos seus membros, deve, ou não, fazer. A ideia de *sociedade* implica a de *ordem*, e esta, a de *regra*. No entanto, dentro de uma mesma sociedade, entrecruzam-se, coexistem (quando não se contrariam) normativismos diferentes e de intensidade vária: encontramos regras *religiosas, éticas, de mera cortesia* e, digamo-lo já, sem preocupação de se ser exaustivo, regras *jurídicas*. Não nos interessa a exacta individualização e qualificação das regras não-jurídicas apontadas, mas sim os seus caracteres diferenciativos em relação às jurídicas. Ora, a nota diferenciativa do *jurídico* situa-se na particular intensidade possuída pelas suas regras: a regra jurídica impõe-se *coactivamente* aos destinatários, impõe-se, sob ameaça de *coacção*. Assim, dada a específica intensidade do normativismo jurídico, uma sociedade só concede *juridicidade* àquelas normas ou regras que considera indispensáveis à sua subsistência ou necessárias à civil convivência dos seus membros. De um modo geral, o imperativo «*não matar*» constitui uma regra jurídica. Já, normalmente, a regra que determina que duas pessoas, ao encontrarem-se, se devem saudar, é regra que não sai dos limites da mera *cortesia*. Todavia, nalguns casos, a sociedade não se contenta com a simples reacção da opinião pública, de um círculo mais ou menos limitado, que sobrevém à violação do dever de saudação, e vai intensificar esse dever, tornando-o jurídico: é o que acontece, no campo da administração pública, nomeadamente na militar, em que o dever de saudação, por parte do inferior hierárquico, para além de adquirir expressão jurídica, assume, ainda, formalismo pré-determinado.

Esquematicamente, aproximámo-nos da ideia de regra de Direito,

de regra jurídica. Importa, agora, examinar o modo de formação das regras jurídicas, ou seja, observar as chamadas *fontes de direito* [1].

Efectivamente, por *fontes de direito*, em sentido técnico ou formal, entendem-se os factos, que, numa sociedade, criam normas jurídicas [2]: as *fontes de direito* são, pois, os modos de formação, de revelação das normas jurídicas, os modos como uma sociedade manifesta o seu querer no sentido de atribuir juridicidade a certas regras.

Ora, como surgem as normas jurídicas? Pode dizer-se que, fundamentalmente, de dois modos. Ou existe uma *vontade* (individual ou colectiva) que, num dado momento, impõe, sob ameaça de coactividade, uma certa conduta aos membros do agregado social; ou, então, existe uma tradição, formada pelo repetir de uma conduta, repetir esse uniforme e constante que, pelo seu carácter de essencialidade à vida civil, acaba por criar no grupo social a consciência da sua obrigatoriedade. No primeiro caso, surgirá *direito legislativo*, originado na fonte de direito, denominada *lei;* no segundo, criar-se-á *direito consuetudinário*, oriundo da fonte de direito chamada *costume*.

Na *lei*, o seu autor, frente a determinada situação, desejando moldar o futuro, impõe uma conduta; no *costume*, é a repetição, a prática constante, os comportamentos do passado, que fazem surgir a convicção de obrigatoriedade.

Assim, pode dizer-se que enquanto a lei é um processo volitivo e consciente de criação do Direito, é um *acto*, o mesmo não acontece relativamente ao *costume*, que é um *facto*, assente na tradição. Sem dúvida, que esta se ampara na repetição de comportamentos humanos passados, que são, pois, comportamentos voluntários, actos; simplesmente, estes actos, cuja repetição irá criar a *tradição*,

[1] Ao falar em fontes, é corrente distinguir *fontes de produção* e *fontes de conhecimento*. As fontes de *produção* dividem-se, por sua vez, em fontes em sentido *material* (órgãos ou meios que criam as normas) e fontes em sentido *formal* (as formas que as normas tomam); quanto às fontes de *conhecimento*, compreendem, em sentido estrito, os textos que contêm as normas e, num sentido mais lato, qualquer documento que sirva para o conhecimento dessas normas. Temos em vista, agora, as fontes de produção.

[2] Por isso, em vez de fontes de direito, há quem, na esteira de Gurvitch, fale em *factos normativos*. No campo histórico-jurídico, a terminologia foi adoptada, entre nós, por Raúl Ventura — *Manual de Direito Romano* — Volume I — Tomo I, Lisboa, 1964, 7 e segs.. Veja-se, nesta matéria, Lanfranco Mossini — *Fonti del Diritto — Contributo alla storia di una metafora giuridica*, in *Studi Senesi*, vol. LXXIV, fasc. 2, Sena, 1962, 139-196, e Riccardo Orestano — *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Turim, 1967, 2-28.

não são, em si mesmos, actos dirigidos à formulação de comandos jurídicos, actos tendentes à criação do Direito.

A *lei* é um processo intencional de criação de Direito; o *costume*, conforme já tem sido reconhecido, «realiza-se mediante um processo preterintencional» [1].

Mas, quer a *lei*, quer o *costume*, surgem para regular relações sociais, relações essas que não possuem todas a mesma natureza: as fontes de direito produzem regras para disciplinar a actividade dos governantes, para sancionar os criminosos, para regulamentar as relações familiares ou simplesmente comerciais.

Assim, de acordo com essa diferenciação, as relações, ou, melhor dizendo, os grupos de relações que se apresentam com características semelhantes ou comuns, justificam um tratamento jurídico particular. É a esses grupos de relações afins e às normas que os regulamentam que se dá a designação de *instituições jurídicas:* existirão, pois, instituições de direito público ou de direito privado e, dentro destas, instituições de direito comercial, de direito da família, de direito das obrigações, e assim por diante.

Porém, a ideia de Direito não se esgota com o estudo das suas *fontes* e *instituições*. A produção jurídica de uma sociedade tem como conteúdo um *dever ser:* a sociedade *quer* certa regra jurídica, porque entende que ela *deve ser* observada. Deste modo, se a regra nasce para ser actuada, terá de surgir uma técnica, uma ciência instrumental que permita a interpretação do comando jurídico, que consinta a juízes e aos outros juristas a aplicação da norma ao caso concreto. A ideia de Direito é, logo, enriquecida com estes novos aspectos ligados à sua função de *ars*. Além disso, há a considerar que a existência da *norma jurídica* postula, pelo menos, três ordens de problemas — os de saber se a norma é *justa* ou *injusta*, *válida* ou *inválida*, *eficaz* ou *ineficaz*. Surgem, assim, os problemas da *justiça*, *validade* e *eficácia* da norma jurídica [2].

[1] N. Bobbio — *La Consuetudine come Fatto Normativo* — Pádua, 1942, 60. E a pág. 31, dissera: «La norma consuetudinaria si forma independentemente dalla volontà dei singoli che pur hanno contribuito a costituirla: non c'è una volontà che imponga la norma consuetudinaria; c'è bensi una tradizione incosciente che finisce per imporsi alla volontà. La volontà nella legge è il *prius*, nella consuetudine il *posterius*. In conclusione, la consuetudine non é un atto o un complesso di atti, ma è un fatto naturale che si svolge nel tempo».

[2] Seguimos, de perto, N. Bobbio — *Teoria della norma giuridica*, Turim, 1958, cuja leitura se recomenda. Do mesmo autor, veja-se, ainda, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milão, 1965. Deixamos de lado o aspecto da *metodologia*.

O aspecto de *justiça* da norma tem, como fundamento, um juízo de valor, de apreciação da norma em confronto com um padrão superior: um confronto entre a norma *real* e a norma *ideal*, a norma que existe e a que deveria existir, entre *ser* e *dever ser*.

O aspecto de *validade* da norma consiste em saber se dada norma *real* reune, ou não, condições que a permitam qualificar como norma jurídica: dizer-se que uma norma jurídica é válida é o mesmo que afirmar que essa norma existe, enquanto regra jurídica. Para saber se a norma é *válida*, há que examinar se provém de entidade competente para produzir direito e se não foi destruída por outra norma do mesmo sistema jurídico. Compreende-se, todavia, que o problema da *validade* da norma jurídica está, incindivelmente, ligado à indagação do conceito de Direito: consoante o conceito apurado, assim se concluirá se uma certa norma é, ou não, jurídica. Aqui, está-se no chamado aspecto *ontológico* do Direito. Enfim, o aspecto de *eficácia* da norma parte da observação de que o direito produzido, *válido*, nem sempre coincide com o direito aplicado — nem sempre é *eficaz*. Muitas vezes — e mais ainda em tempos passados — a fraqueza do poder estadual não logrará impor o direito, por ele produzido, aos seus destinatários, que se conservarão fiéis a normas tradicionais. Por vezes, também — e agora, a causa é contrária — a diferença existente entre o direito *produzido* e o direito *aplicado*, filia-se, precisamente, na existência de um poder central forte, que, em regime de arbítrio, esquece o direito criado [1]. A problemática da *eficácia* constitui o aspecto *fenomenológico* do Direito [2].

Assim, em conclusão, pode afirmar-se que a ideia de Direito abrange todos os aspectos que, de algum modo, se relacionam com o normativismo jurídico — o aparecimento da regra, o seu conteúdo, a sua interpretação e aplicação, desvios que, porventura, sofra, reflexões

[1] Marcello Caetano — *História do Direito Português* (Lições recolhidas por Ernesto Fernandes e Aníbal Rego), Lisboa, 1941, 15.

[2] Os aspectos de *justiça*, *validade* e *eficácia* de uma norma jurídica são, em princípio, autónomos. Isso não quer dizer, porém, que se não possam registar inter-influências. Assim, uma norma *válida*, porque *injusta*, pode vir a ser *ineficaz*. E se essa ineficácia se prolonga, acabará por afectar a própria *validade* da norma, já que *validade* e *eficácia* não podem, por muito tempo, ser desarmónicas, sob pena de desaparecer a própria validade. Como, incisivamente, diz Coing «se se nega, duravelmente, o reconhecimento de uma proposição juridicamente válida, acaba por não poder ser considerada vigente, nem sequer do ponto de vista jurídico puro» (H. Coing — *Fundamentos de Filosofia del Derecho* (trad. espanhola), Barcelona, 1961, 246).

que venha a suscitar. Vai, em suma, corresponder àquilo que, em terminologia moderna, se designa de *experiência jurídica* [1].

2. *Ideia de História.* E, o que se entende por História? Pode dizer-se, em definição breve, que carecerá de algumas glosas, que a *História é o conhecimento do passado humano* [2]. Marca-se, pois, a exclusão do passado natural, do pretérito não humano. Não será, todavia, mero arbítrio essa exclusão? Não tem a natureza, tal como a humanidade, um processo evolutivo, um processo de transformação no tempo? A resposta a esta segunda interrogação é afirmativa, mas não implica o inserimento do passado natural no âmbito de História. Há que ter em atenção aquilo em que o passado humano diverge, essencialmente, do passado natural.

Com efeito — na esteira de Collingwood — pode dizer-se que «o historiador, ao investigar qualquer acontecimento do passado, faz uma distinção entre o que pode considerar-se o *exterior* e o *interior* dum acontecimento» *(the outside and the inside of an event)*. Por *exterior* do acontecimento, deve compreender-se tudo o que é susceptível de descrição em termos físicos, com relação a situações no espaço; por *interior* do acontecimento, deve entender-se «tudo aquilo que nele só pode ser descrito em termos de pensamento» [3].

Ora, o historiador ao examinar, ao tentar compreender o passado humano, não pode esquecer que o agir do homem tem sempre um *exterior* e um *interior*. Se olhar, apenas, ao *exterior*, compilará um catálogo, um registo de factos, mas não fará História. A acção

[1] Para todos estes problemas é fundamental a consulta de R. Orestano — *Introduzione allo Studio Storico del Diritto Romano*, Turim, 1963, obra de conteúdo muito mais vasto do que o que o seu título reflecte. Vejam-se, também, Guido Fassò — *La Storia come Esperienza Giuridica*, Milão, 1953; H. Lévy-Bruhl — *Aspects Sociologiques du Droit*, Paris, 1955 e L. Récasens Siches — *Experiencia juridica, naturaleza de la cosa y lógica «razonable»*, México, 1971.

[2] Cfr. H. I. Marrou — *De la connaissance historique*, Paris, 1955, Cap. I, 28 e segs. Há tradução portuguesa.

[3] Collingwood — The *Idea of History* (Galaxy Book, Nova Iorque, 1962^5, 213). Há, também, tradução portuguesa — *A Ideia de História*, Lisboa, s.d. Transcrevemos, por inteiro, o passo, muito expressivo: «Por exterior do acontecimento, entendo tudo o que, pertencendo-lhe, pode ser descrito em termos de corpos e dos seus movimentos: a passagem de César, acompanhado por certos homens, de um rio chamado Rubicão em certa data, ou o derramamento do seu sangue no chão do Senado, noutra data. Por interior do acontecimento, entendo aquilo que nele só pode ser descrito em termos de pensamento: o desprezo de César pelas leis da República ou a divergência de política constitucional entre ele e os seus assassinos».

humana é unidade incindível de *exterior* e *interior*[1]: a acção é a objectivação, no mundo dos factos, de um estado de espírito, do pensamento do seu agente. Compreender, conhecer uma acção passada é descobrir o seu *porquê* e descobrir o seu *porquê* é penetrar no pensamento do agente.

Nada disso, obviamente, acontece no mundo da natureza: aqui não se coloca a distinção entre o *exterior* e o *interior* do evento. Se se quiser forçar a linguagem, dir-se-á que o evento natural tem, só, *exterior:* por detrás dele, não há pensamento, não há agente. É certo que o homem de ciência, como o historiador, também se não pode limitar a compilar, registar factos. Igualmente, deve procurar o seu *porquê*. Mas, enquanto que — como se viu — o historiador busca o *porquê* do evento humano, no seu interior, o cientista, para encontrar o *porquê* do evento natural, tem de sair do próprio evento, relacionando-o com outros, a fim de descobrir regras ou princípios de inferência causal. O evento humano produz-se no campo da *liberdade;* o natural, no da *necessidade*. Desta diferença, não resulta, no entanto, em absoluto, a impossibilidade de adoptar o conceito de *causa* no processo histórico: bastará, simplesmente, ter presente que a *causa*, o porquê do evento humano é de diversa ordem da *causa* ou porquê do evento natural. No evento humano, o homem, que é livre, decide, age, tendo em atenção um determinado número de circunstâncias: o seu agir é a solução dada a certa equação de factos. Ora — e este aspecto é muito importante — dado que a equação é construída pelo homem, sucede que a causa da acção, muito mais do que nesse conjunto de circunstâncias, se filia, afinal, na imagem que o agente faz desse conjunto. É a imagem, é o juízo que o agente faz de uma situação que o determina actuar. E apreender essa imagem, captar esse juízo mais não é do que conhecer, reconstituir o pensamento do agente: este é, pois, o interior do evento humano[2].

A concepção que se está a expor é, vulgarmente, denominada de *idealista*. A ela se opõem as concepções *materialistas*, em que, hoje, assume primacial importância o *materialismo histórico*. Vem este

[1] Collingwood, *ob. e loc.* cits. Diz ele: «O historiador não pode, nunca, escolher um só desses elementos, em detrimento do outro (...). Interessa-lhe a passagem do Rubicão, exclusivamente na medida em que ela se relaciona com as leis da República; interessa-lhe o derramamento do sangue de César, exclusivamente na medida em que se relaciona com um conflito constitucional».

[2] Collingwood, *ob. cit.*, trad. port., 328: «Quando um cientista pergunta «por que razão é que este pedaço de papel de tornesol fica avermelhado?», quer dizer com isso «em que circunstâncias é que o papel de tornesol se torna avermelhado?». Quando um historiador pergunta «por que motivo é que Bruto apunhalou César?», quer dizer com isso «o que é que Bruto pensou, para se decidir a apunhalar César?». A causa do acontecimento, para ele, representa o pensamento desenrolado no espírito da pessoa que praticou a acção. Ora isto não é outra coisa senão o acontecimento, é o interior do próprio evento». Veja-se, também, o pequeno estudo, muito rico de sugestões, de H. Coing — *Savigny et Collingwood ou: Histoire et Interpretation du Droit* in *Archives de Philosophie du Droit — Droit et Histoire*, Paris, 1959, 1-9.

dizer que no idealismo há algo de verdade, mas que seria necessário empreender a pesquisa exactamente «no ponto em que a concepção idealista a abandonou»[1]. Como se disse, o idealismo termina a sua indagação no pensamento, na ideia que motiva a acção no homem; ora, é neste ponto que o materialismo surge, perguntando se o próprio pensamento, a própria ideia não estão, por sua vez condicionados por *causas*, que devem ser investigadas. «As ideias não caem do céu», afirmava Labriola[2]. E, a esse respeito, Marx e Engels tinham observado que não existe, no plano histórico, o homem abstracto, mas sim um homem real, concreto, que para viver, agir, necessita, antes de mais, de «beber, comer, abrigar-se, vestir-se e outras coisas»[3]. Sendo assim, constitui condição fundamental de subsistência a criação de meios para satisfazer essas necessidades, e tal criação pressupõe um processo de produção de bens materiais: as relações que, entre os homens, se formam na produção, são as chamadas *relações de produção*. Ora, de acordo com o materialismo histórico, as relações de produção condicionam todo o sistema de relações sociais: são elas a *base* económica ou *infraestrutura* da sociedade em que assentam as ideias, as instituições políticas, jurídicas, culturais, religiosas, artísticas vulgarmente denominadas de *superestruturas*. Esta é, pois, sempre, um reflexo de uma determinada infraestrutura. No dizer de Marx e Engels, «a produção de ideias, das representações e da consciência está primeiro directa e intimamente ligada à actividade material e ao comércio material dos homens; ela é a linguagem da vida real. As representações, o pensamento, o comércio intelectual dos homens aparecem aqui ainda como a emanação directa do seu comportamento material. O mesmo se passa com a produção intelectual tal como ela se apresenta na linguagem da política, das leis, da moral, da religião, da metafísica,

[1] Plekhanov — *Reflexões sobre a História*, (trad. port.), Lisboa, 1970, 25.

[2] António Labriola — *La Concezione Materialistica della Storia*, Bari, 1945, 183 e segs..

[3] K. Marx e F. Engels — *A Ideologia Alemã*, Lisboa, 1971, 27. Na tradução portuguesa, substituímos, nomeadamente, *albergar-se* por *abrigar-se*, em virtude de nos parecer mais correcto.

etc., dum povo. São os homens que são os produtores das suas representações, das suas ideias etc., mas os homens activos, tais como são condicionados por um desenvolvimento das suas forças produtivas e das relações que a isso correspondem, aí incluídas as formas mais vastas que estas podem tomar (...) não se parte do que os homens dizem, imaginam, representam, nem tão pouco do que eles são nas palavras, no pensamento, na imaginação e na representação de outrém, para terminar a seguir nos homens de carne e osso. Não. Nós partimos dos homens na sua actividade real. É segundo o seu processo de vida real que se apresenta também o desenvolvimento dos reflexos e dos ecos ideológicos deste processo de vida (...) Por este facto, a moral, a religião, a metafísica e todo o resto da ideologia, assim como as formas de consciência que lhes correspondem perdem imediatamente toda a aparência de autonomia. Elas não têm história, não têm desenvolvimento; são ao contrário os homens que, desenvolvendo a sua produção material e as suas relações materiais, transformam com uma certa realidade que lhes é própria, o seu pensamento e os produtos do seu pensamento». E a conclusão vem, na tão conhecida fórmula «— Não é a consciência que determina a vida, mas a vida que determina a consciência» [1].

Há, no entanto, a esclarecer um ponto muito importante. Vimos que, de acordo com o materialismo histórico, as relações de produção formam a infraestrutura ou base económica da sociedade, nela assentando uma superestrutura de instituições políticas, morais, jurídicas, religiosas e outras. Ora bem: a ser assim, toda e qualquer instituição da superestrutura tem, como *única* explicação, o factor *económico* da base? A resposta é negativa, e Engels bem se afadigou em esclarecer esse ponto. A base económica tudo condiciona, mas não é causa única de tudo [2]. Nem toda a ideologia, nem todas as instituições da superestrutura estão igualmente próximas e dependentes da base económica e quanto mais afastadas estiverem, maior será a sua relativa independência. Nestes termos, registam-se fenómenos de influência recíproca, de interacção de instituições da

[1] K. Marx e F. Engels — *A Ideologia Alemã*, 23-24.

[2] F. Engels — *Cartas (sobre o Materialismo Histórico)*, Porto, 1971, carta a Joseph Bloch, 7: «Segundo a concepção materialista da história, o factor determinante na história é, *em última instância*, a produção e a reprodução da vida real. Nem Marx, nem eu, jamais afirmámos outra coisa. Se alguém desnatura esta posição no sentido de que o factor económico é o *único* determinante, transforma-a, assim, numa frase vazia, abstracta, absurda».

superestrutura, acontecendo até que, em certas situações, a própria superestrutura vai agir na evolução da infraestrutura [1].

3. *História do Direito.* Talvez seja, agora, mais fácil falar de História do Direito. Já vimos que a regra jurídica traduzia um querer social, em determinado modo, querer social dotado de coactividade. Este querer está, sempre, em constante evolução; se, nos primórdios da humanidade, essa evolução se processa lentamente, hoje, que existem orgãos especializados de produção jurídica, diariamente, se altera o quadro jurídico em que se move a sociedade.

Assim, a História do Direito vai estudar o *como* e o *porquê* da evolução das regras jurídicas de uma determinada sociedade, o que equivale a dizer que, em primeira linha, se preocupará com a evolução das *fontes de direito*. Ora, essa variabilidade da regra jurídica no tempo, possui, sempre, por detrás de si, qualquer que seja o modo de produção do Direito, a acção humana. Daí que, também, o historiador ao estudar o *porquê* da regra jurídica deva ter presente que, na origem desta, consciente ou inconscientemente, se encontra um querer que, tendo em vista certa situação, age de determinado modo [2]. E, de novo, ocorre lembrar que, igualmente no Direito, não é a situação objectiva, mas sim a imagem que dela se faça, que explica o surgir da regra jurídica [3]. A situação do dia seguinte a uma revolução não difere, sensivelmente, da da véspera: o que mudou foi a

[1] F. Engels — *Carta, cit.*, 7: «A situação económica é a base, mas os diversos elementos da superestrutura: as formas políticas da luta de classes e os seus resultados — as constituições estabelecidas uma vez ganha a batalha pela classe vitoriosa, etc. — as formas jurídicas, e mesmo os reflexos de todas estas lutas reais no cérebro dos participantes, teorias políticas, jurídicas, filosóficas, concepções religiosas e seu desenvolvimento ulterior em sistemas dogmáticos, exercem igualmente a sua acção sobre o curso das lutas históricas e, em muitos casos, determinam-lhe de maneira preponderante a *forma*. Existe interacção de todos estes factores no seio dos quais o movimento económico acaba por traçar um caminho como uma necessidade, através de uma multidão infinita de contingências (quer dizer de coisas e de acontecimentos cuja ligação interna entre eles é tão longínqua ou tão difícil de demonstrar que podemos considerá-la como inexistente e negligenciá-la). Senão a aplicação da teoria a não importa que período seria, acho eu, mais fácil que a resolução de uma simples equação do primeiro grau». Veja-se, também, a Carta a Conrad Schmidt, 13 e segs. Criticando a possibilidade de acção da superestrutura, relativamente à infraestrutura, pode consultar-se K. Stoyanovitch — *Marxisme et Droit*, Paris, 1964, 286 e segs.

[2] No caso da *lei*, o papel do historiador do Direito, ao estudar o porquê do seu aparecimento, é o de reconstituir a intenção do legislador; quando se trate de *costume*, tentará o historiador compreender o *porquê* da repetição de certos comportamentos e o motivo por que essa repetição gera, na comunidade, a convicção da obrigatoriedade de uma conduta.

[3] H. Coing — *ob. cit.*, 7.

imagem que, dessa situação, fazia o legislador. O legislador revolucionário vai criar regras de acordo com a sua imagem do mundo. Já atrás, se disse, porém, que o Direito não é, apenas, a regra jurídica e que abrange tudo o que se relaciona não só com o seu aparecimento, mas também com o seu conteúdo, interpretação e aplicação, com eventuais distorções ou, ainda, com as reflexões que provoca. Disse-se que a ideia de Direito compreendia as *fontes* que o produziam, as instituições que regulava, os desvios que a sua aplicação provocava, os juízos valorativos que suscitava e que, a tudo isto, se chamava *experiência jurídica*. Sendo assim, o historiador do Direito ao volver os olhos para o passado tem, como objecto possível, todo o campo da experiência jurídica: homens que criam regras jurídicas, que as cumprem, que as violam, que as interpretam, que as aplicam, que as pensam, esta é a fenomenologia que se oferece ao historiador do Direito e, em relação à qual, segundo princípios, idealistas ou materialistas, já indicados, tentará encontrar o seu *porquê* [1].

4. *História do Direito Português.* Falemos, agora, da História do Direito Português. Em harmonia com as ideias expendidas, esta disciplina ocupar-se-á da experiência jurídica portuguesa não actual, que pertence ao passado. Deste modo, se se visa o estudo da experiência *portuguesa*, parece que o termo *a quo*, o marco inicial da História do Direito Português se encontra na fundação de Portugal: antes desta, não haveria, por definição, uma experiência jurídica *portuguesa*.

A primeira consideração a fazer (que é elementar) é a de que o facto de Afonso Henriques, cerca de 1140, se ter intitulado rei de Portugal em nada alterou (a não ser no plano constitucional) a experiência jurídica da sociedade que passou a ser o Portugal

[1] R. Orestano — *Introduzione*, 366: «Ponendosi dall'angolo visuale dell'esperienza giuridica, allora la storia del diritto sarà storia di norme non meno che di comportamenti, di idee non meno che di fatti, di azioni non meno che di riflessioni, di assetti istituzionali non meno che della loro riduzione in istituti: sarà in altri termini *storia* del modo in cui ciascuna epoca, in ciascun popolo, in ciascun «complesso di esperienza» è stato concretamente vissuto e speculativamente inteso quell'insieme di fenomeni che genericamente possiamo designare come «giuridici» (...)». Sobre estes problemas, ainda que com orientação diversa, veja-se Garcia Gallo — *Historia, Derecho e Historia del Derecho*, in *Anuario de Historia del Derecho Español* (a seguir sempre designado por A.H.D.E.), Tomo XXIII, Madrid, 1953, 5-36. Há, também, que consultar o interessante estudo de António Manuel Hespanha — *O Direito e a História*, Coimbra, 1971, e, mais recentemente, Helmut Coing — *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodologicas)*, Sevilha, 1977. Muito importante, também, António M. Hespanha — *História das Instituições*, Coimbra, 1982, 11 e segs.

independente. Por isso, para se compreender toda essa experiência, em que se engloba a própria independência, há, certamente, que olhar para trás da fundação política de Portugal; há que observar as experiências jurídicas anteriores, pois, aí, se vai encontrar o porquê do Direito português. No entanto, o facto de a História do Direito Português se ter, forçosamente, de ocupar de experiências anteriores à fundação de Portugal, não permite, de modo algum, inferir que essas experiências são *portuguesas*. Também o estudo de lusitanos, romanos e visigodos interessa à História de Portugal e, todavia, aqueles agregados humanos não são *portugueses* [1].

Mas, se se conclui que a História do Direito Português se deve ocupar de experiências jurídicas não portuguesas acabará, então, a nossa disciplina por ter como objecto as experiências jurídicas dos vários povos que viveram dentro do que serão os limites territoriais do Estado português, fundado no século XII? A pergunta pede um esclarecimento. Na verdade, as experiências jurídicas que se desenvolveram nos limites do que virá a ser Portugal, interessam-nos, não pela sua localização geográfica, mas sim, e apenas, na medida em que tenham sido vividas por uma sociedade que, na sua evolução, em dado momento histórico, veio a chamar-se Portugal.

O nosso objecto não é o de estudar a História do Direito das várias sociedades que habitaram o que, hoje, é Portugal; é o de estudar a história do Direito da sociedade *portuguesa*. Se assim é, o pressuposto de legitimidade do estudo de experiências jurídicas de sociedades anteriores à nacionalidade, no âmbito da História do Direito Português, só pode residir, afinal, na existência de um nexo de continuidade entre essas sociedades e a sociedade portuguesa [2].

Se — em hipótese que, certamente, não estará muito longe da verdade — concluirmos que os *alanos* nos seus cerca de 18 anos de

[1] A definição do que se deve entender por «*português*» está, presentemente, entre nós, em período de relativa acalmia. Não assim, quanto à nação vizinha, onde o conceito de «*espanhol*» foi objecto de polémica acesa — em nosso entender, muito mais pessoal do que científica — entre Américo Castro — *La Realidad Histórica de España*, México, 1966[3], *Los españoles: como llegaron a serlo*, Madrid, 1965[2], «*Español*», *palabra extranjera: razones y motivos*, Madrid, 1970, e Claudio Sánchez-Albornoz — *España, un Enigma Histórico*, 2 vols. B. Aires; 1962[2]. Para Castro, antes da invasão muçulmana de 711, não há *Espanha*, nem *espanhol*. Em contrário, Sánchez-Albornoz levanta-se «*contra la absurda y torpe teoria de que lo español es posterior al 711*».

[2] Além disso, uma vez que só estudamos essas experiências na medida em que sirvam para explicar o *porquê* do direito português, pode ainda dizer-se que, mesmo estabelecido um nexo de continuidade, nos interessam as experiências jurídicas *imediatamente* anteriores à nacionalidade, mas não as mais *remotas*.

permanência em terras da *Lusitânia*, antes de emigrarem, em definitivo, para África, não deixaram traços nas sociedades autóctones, poderemos defender a inclusão da experiência jurídica alana na História do Direito Português? Julgamos que a resposta não pode deixar de ser negativa.

Herculano, aliás, podia não ter razão ao negar a existência de qualquer continuidade entre *lusitanos* e *portugueses;* mas, dentro da sua premissa, era impecavelmente lógico ao excluir os lusitanos da História de Portugal. Chegados a esta conclusão, impõe-se considerar uma complementar ordem de dificuldades para a qual Garcia Gallo, certeiramente, chamou a atenção. Vimos, já, que uma experiência jurídica se refere a uma certa sociedade: por isso, o Direito «tem de ser estudado como algo de localizado no espaço e no tempo: como produto de uma série de factores que concorrem e se interferem de um modo especial naquele lugar e momento» [1]. Daí que esse «direito localizado no espaço e no tempo», esse direito vivo, aplicado, não seja muitas vezes, o direito do poder central, o direito «*oficial*».

Ora, o que sabemos nós do direito *efectivamente* vivido, em certas épocas, pelas sociedades peninsulares? Acerca da Hispânia pré-romana, quase nada sabemos. No tocante à época romana, para além do direito romano «*oficial*», conhecemos algumas inscrições, textos de escritores que nos fazem conhecer o direito de certas regiões ou cidades. Acerca do período visigótico, no fundo, têm-se notícias do direito da Corte.

Em que medida, porém, é que a sociedade cuja evolução culminou no Portugal do século XII viveu o direito romano de algumas cidades do Sul e de Leste? Até que ponto essa sociedade conheceu o direito visigodo «*oficial*»? Qual o grau de penetração do próprio direito muçulmano?

Diz Garcia Gallo que «se reflectirmos sobre o que habitualmente se expõe como «História do Direito espanhol» concluiremos que na realidade é uma exposição sucessiva de diversos sistemas jurídicos um tanto heterogéneos: o Direito das cidades do Sul e de Leste, na Espanha romana; o da Corte de Tolosa ou de Toledo, na visigótica, o das comarcas rurais dos Pirinéus e da Cantábria na Alta Idade Média. Evidentemente, não é este o processo de evolução de um Direito; a apresentação sucessiva de uma série de quadros de Direitos distintos não é *história*» [2].

[1] A. Garcia Gallo — *El Caracter Germanico de la Epica y del Derecho en la Edad Media Española*, Madrid, 1955, 96 (Separata do *A. H. D. E.*, Tomo XXV).

[2] A. Garcia Gallo, *ob. cit.*, 93-94.

Este, o diagnóstico que parece exacto e que, com uma ou outra correcção, se ajusta à História do Direito Português. Como remediar, porém, os defeitos apontados? A própria enunciação do problema mostrou, já, a dificuldade de resolução: o acervo de documentos que possuímos é, notoriamente, insuficiente [1]. Sendo assim, parece não restar senão uma alternativa. Ou o historiador se resigna a «essa exposição sucessiva de diversos sistemas jurídicos um tanto heterogéneos», à custa de muito optimistas e discutíveis generalizações do direito «oficial»; ou, então, numa atitude mais realista — e tendo, também, presente que essas experiências jurídicas não constituem nosso directo objecto — faz delas o historiador, com fim principalmente propedêutico, um simples bosquejo. Aderimos ao segundo termo da alternativa no que, aliás, não estamos sós [2].

5. *Periodização.* De uma maneira geral, pelo menos na História não monográfica, é de uso dividir-se a História em *períodos* [3].

Não será, porém, tal processo inteiramente artificial e violentador da realidade? Na verdade, a realidade histórica apresenta-se contínua, sem fracturas; os factos sucedem-se, sem que, entre eles, efectivamente, exista alguma coisa que os separe. Quando muito, parece poder dizer-se que a *periodização* ofereceria a vantagem de, no relato histórico, consentir — permita-se a imagem — a existência de pausas. Nem por isso desapareceria a qualificação de artificialismo: a *periodização*, de nenhum valor científico, seria um expediente, de tipo literário, utilizado pelo narrador da História [4].

Tal maneira de argumentar é incorrecta. É verdade evidente a de que a realidade histórica se processa em linha contínua, sem interrupções. Mas esta verdade evidente não pode conduzir a negar a legitimidade da *periodização*. Só conduziria se a História fosse simples registo de factos que se sucedem. Então, poderia, com inteiro arbítrio, o estudioso dividir a realidade histórica em períodos de 50 ou 100 anos, indiferentemente, e, dentro de cada um deles, alinhar os

[1] Garcia Gallo, tentando superar a dificuldade proveniente da falta de documentação escrita, propõe — retomando ideias de Joaquin Costa — que o historiador se socorra da Etnologia e da Linguística. No entanto, os resultados são muito precários e duvidosos.

[2] Foi atitude algumas vezes tomada por Paulo Merêa, no seu ensino, e foi, igualmente, adoptada por Marcello Caetano na sua segunda regência da Cadeira de História do Direito Português e, agora, em *História* (1981), 27.

[3] Veja-se, agora, A. Hespanha — *História*, 36 e segs.

[4] Desta atitude, um pouco céptica, quanto ao valor da periodização, compartilha R. Orestano, *Introduzione*, 633.

factos acontecidos: seria mera questão de fazer capítulos maiores ou menores. Já vimos, porém, que a História não é catálogo de factos, mas sim conhecimento, compreensão, estudo do *porquê*. Vamos ver, agora, como a *periodização* não é algo de arbitrário, e, pelo contrário, se liga a essa compreensão do facto histórico.

A acção do homem — como mais de uma vez se disse — é determinada pela imagem que ele faz da realidade; por seu turno essa imagem é, forçosamente, influenciada pelas concepções dominantes da *época*, do *período*, digamo-lo já, em que ele vive. Ora, estas concepções dominantes em vários sectores (Religião, Política, Direito, Arte ou outros) estas *correntes profundas* que definem uma cultura, variam no tempo, mas, em ritmo sensivelmente lento [1]. Assim, correspondendo a essas épocas, em que se encontram características comuns, vai o historiador criar *períodos*. Mas, interessa ver o seu processo de actuação. Tendo, diante de si, uma massa de factos, que se sucederam no tempo, o historiador, *a priori*, vai seleccionar as características que se lhe afiguram relevantes, para, depois, verificar quando aparecem e desaparecem essas características.

Se se fala de uma *Idade Média* e de uma *Idade Moderna* é porque o historiador tendo seleccionado um núcleo de circunstâncias que considera fundamentais, verifica a sua existência dentro de certos marcos cronológicos, e o desaparecimento posterior. Note-se, também, que a existência de um *período* vai, ainda, servir para o historiador formular hipóteses de trabalho. Da existência do período denominado *Idade Média* (e que é uma abstracção) o historiador cria o tipo de *homem medieval* (outra abstração) ou seja, do homem impregnado dos caracteres dominantes do período. Daí que o historiador ao tentar penetrar o *porquê* de um determinado facto histórico ocorrido na *Idade Média* sinta, imediatamente, a tentação de explicar o seu «*interior*» pelos caracteres dominantes [2]. O processo é válido, como hipótese de trabalho, sujeita a confirmação. Mas, nada mais. Não se pode esquecer que — consinta-se a expressão — nem todos os homens da Idade Média são *medievais*, do mesmo modo que nem todos os homens da *Idade Moderna* são *modernos*. Este facto não conduz a

1 Marcello Caetano — *A Opinião Pública no Estado Moderno*, Lisboa, 1965, 16: «Quando tais correntes profundas mudam de carácter é devido, em geral, a *movimentos de longa duração*, que chegam a ser milenários e são frequentemente seculares, embora nos nossos dias, com o fenómeno da aceleração da História, os ciclos estejam em vias de ser consideravelmente encurtados».

2 Nesta matéria, vejam-se as considerações de Marrou — *De la connaissance historique*, 166 e segs..

negar a legitimidade ou possibilidade de periodização, mas circunscreve-a nos seus naturais limites: o *período* histórico é caracterizado em função do que de novo e dominante existe nele, com abstracção do que de tradicional ou diferente se mantém ou nasce. O que não pode é o historiador esquecer-se da existência do não dominante: só por abstracção, apresenta o período homogeneidade [1].

Temos estado a falar em História o que equivale a dizer que temos estado a considerar, em geral, todo o passado humano. No entanto, o historiador quando volve a atenção para o passado não pode ter a pretensão de o abarcar, na sua totalidade; assim, frente a essa impossibilidade, vai estudar, apenas, um sector do passado humano: fará História da Religião, História da Arte, História do Direito. Facilmente se compreende já, que, dependendo a *periodização* daquele conjunto de circunstâncias que o historiador considerou relevantes, e não sendo essas circunstâncias necessariamente as mesmas para os diversos ramos da História, muito bem poderá acontecer que não coincidam os limites cronológicos das várias periodizações. Apliquemos estes dados ao nosso específico objecto. Também o historiador ao estudar o Direito de uma determinada sociedade não vai abranger a inteira experiência jurídica passada: o historiador estudará *fontes*, estudará *instituições*, estudará *direito público ou privado*. Ora, igualmente, aqui, se vai inserir a observação há pouco feita: consoante o sector da experiência jurídica que o historiador escolher, assim as características consideradas essenciais para a definição do período poderão mudar e, com elas, os próprios limites cronológicos dos períodos. O pulsar da vida do direito público é bem mais rápido do que o do direito privado; por outro lado, o pulsar da vida política é ainda mais rápido que o do direito público. Mudam mais os governantes que as constituições; mudam mais as constituições que os códigos civis. Marcando bem a diferença de interesses que suscitam as várias zonas do jurídico, já se afirmou que «*nunca um povo entrará em guerra ou fará uma revolução para introduzir o regime de comunhão de bens entre os esposos*» [2].

Mas, se assim é, surge, naturalmente, uma pergunta: será, em absoluto, impossível, dado o diferente pulsar dos vários ramos do Direito, uma *periodização* geral da História jurídica? Será, apenas viável uma periodização de cada um desses ramos? Julgamos que a resposta deve ser negativa. Vejamos um exemplo concreto. Como se

1 V. Santoli — *Il Rinascimento — Significato e Limiti — Atti del III Convegno Internazionale del Rinascimento*, Florença, 1953, 80.

2 Referido em Lévy-Bruhl — *Aspects Sociologiques, Les Sources du Droit*, 52.

sabe, desde a revolução liberal de 1820, até 1926, houve várias experiências constitucionais: Constituição de 1822, com duas vigências (1822-24 e 1836-38), Carta Constitucional, com três vigências (1826-28, 1834-36 e 1842-1910) e três Actos Adicionais (1852, 1885 e 1896), Constituição de 1838 e Constituição de 1910. Ora, durante este lapso de tempo, de fundamental importância no campo do direito privado, houve apenas o aparecimento de dois Códigos comerciais (1833 e 1888) e do antigo Código Civil (1867). Todavia, não obstante o diferente compasso de ritmo da vida do direito público e do direito privado, certo é que ambas aquelas experiências se reconduzem a raiz comum; ambas provêm do facto de, como ideologia dominante, se ter instaurado o *liberalismo*. É uma concepção *liberal* que constitui o «*interior*» dos eventos humanos que provocaram o aparecimento, quer das diversas constituições apontadas, quer dos Códigos comerciais e Civil, e, por isso, não obstante o desigual ritmo, podem estas experiências de direito público e privado ser abrangidas num mesmo período.

Em conclusão: o historiador observa a evolução da experiência jurídica de uma sociedade e divide-a em *períodos*, na medida em que algumas zonas dessa experiência revelam características comuns, provenientes da força expansiva de certas concepções dominantes [1].

6. *Periodização da História do Direito Português.* Como se vai, então, periodizar a História do Direito Português? Tomando como critério definidor a existência de concepções dominantes que, no tempo, têm valorado, de modo diferente, os processos criadores do Direito ou, têm, variamente, influído no próprio conteúdo deste, poderemos dividir o direito português do passado, nos seguintes períodos [2]:

— *um primeiro período*, que vai desde a independência de Portugal, até ao começo do reinado de D. Afonso III, período que se pode denominar de *direito consuetudinário e foraleiro;*

[1] Para o problema da periodização da história jurídica, em geral, e, em especial, da história jurídica portuguesa, veja-se L. Cabral de Moncada — *O problema metodológico na ciência da história do direito português*, estudo primeiramente lido no *Congresso da Semana Histórica del Derecho*, em Salamanca (1932), depois, publicado no *A.H.D.E.*, tomo III, 1933, e, mais recentemente, nos *Estudos de História do Direito*, vol. II, Coimbra, 1949, 179-216.

[2] Os possíveis critérios de periodização, podem ver-se em Cabral de Moncada, *ob. cit.*, 183 e segs..

— *um segundo período*, que vai desde o começo do reinado de D. Afonso III, por volta da metade do século XIII, até meados do século XVIII (reinado de D. José), e que se poderá chamar *período de influência do direito comum;*

— *um terceiro período*, que se estende desde os meados do século XVIII até ao momento da revolução de 1820, e que se pode designar de *período de influência iluminista;*

— *um quarto período*, que vai desde a revolução liberal de 1820 até cerca dos nossos dias, até uma data que, um tanto convencionalmente, se pode fixar em 1926, e que se pode denominar de *período de influência liberal e individualista.*

Importa fazer algumas considerações complementares acerca desta divisão em períodos.

O *primeiro período* é marcado por um relativo florescimento do direito consuetudinário local. O poder político central pouco intervém na criação do Direito que, deste modo, não é conduzido por um pensamento unitário; daí que, abandonada a criação do Direito aos múltiplos condicionalismos locais, se não possa falar, neste período, de uma influência única. Durante bastante tempo tendeu a ver-se nesta época uma profunda influência germânica e, por esse motivo, foi também designado de *período de sistema germânico ou germano-ibérico.* No entanto, actualmente, a recente investigação histórica tem relutância em refutar, em absoluto, a manifesta influência de elementos não germânicos, e por outro, vem destacando a inexistente prova de que muitos dos institutos deste período derivem, na verdade, de influência germânica [1].

Quanto ao *segundo período*, há a notar que, na sua longa duração, vem a constituir a principal experiência da História do Direito Português. A partir, principalmente, de Afonso III, vai iniciar-se o chamado fenómeno de recepção do *direito comum.* Durante cerca de cinco séculos o direito romano da compilação bizantina, o direito romano justinianeu, será direito aplicado em Portugal: o rei legislará para esclarecer, completar ou, até, afastar as soluções romanas, mas

[1] Paulo Merêa — *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, Tomo I, Coimbra, 1952, Prefácio, IX: «Falar em «período germânico», tratar o direito foraleiro como um capítulo da *germanische Rechtsgeschichte*, fazer prevalecer sobre o peso insofismável da tradição romana o discutível parentesco com o direito noruego-islandês, afiguram-se-me outras tantas aberrações».

o direito romano será sempre ponto de referência [1]: e, o direito canónico, em coordenação com o romano, igualmente se aplicará.

Neste segundo período, parece conveniente, ainda, distinguir duas épocas. Uma primeira, (até ao aparecimento das *Ordenações Afonsinas* — meados do século XV), época de legislação avulsa, em que a lei geral do monarca, do mesmo passo que vai combatendo as formações consuetudinárias, é veículo da romanização do direito português — época que se poderá designar de *época de recepção do direito comum*. A segunda época, que se caracteriza pela codificação dessa legislação avulsa e por uma sistematização das várias fontes, pode denominar-se de *época das Ordenações*.

No tocante ao *terceiro período* — o de *influência iluminista* —, pode dizer-se que, no plano do Direito, o racionalismo que o informa, e de que o rei se apresentará como único guardião, vai atacar, com igual vigor, todas as fontes de Direito que não sejam a vontade do monarca; e, entre os pontos atacados, destaca-se, pela sua preeminência, o direito romano. Por isso, em nome da *razão natural*, o iluminismo vem pedir a sua condenação e sumária execução.

Finalmente, o *quarto período* — de *influência liberal e individualista* — vai ver surgir como ideia central, a da existência de *direitos naturais*, do indivíduo. Em certa medida, essa concepção vem continuar os pressupostos racionalistas do *iluminismo* e, por isso, também, é discutível se *iluminismo* e *individualismo* constituirão dois períodos autónomos [2]. Parece, no entanto, possível distinguir. Na verdade, deixa a razão natural de ter por guardião único o déspota iluminista: o programa de *razão* que o Direito vai actuar passa, agora, para as mãos de assembleias representativas. Em virtude dessa mudança, no plano do direito público, os direitos naturais do indivíduo vão ser vistos, sempre, em estado de latente tensão com o poder, que é representado por um monarca que os povos deixaram de crer iluminado: daí, o sucederem-se as *Constituições* que têm por principal objecto a definição desses direitos naturais do indivíduo. No campo do direito privado, não há, propriamente, luta aberta entre o individualismo e a tradição romanista. A polémica iluminista

1 Como dizia João de Barros, o direito comum era «um centro universal, a que hão-de concorrer todolos actos dos homens que vivem segundo a Lei de Deos». (*Da Ásia, Décadas*, Dec. I, Parte II, Lisboa, 1777, Livro VI, cap. I, 17).

2 Sobre a possível não autonomia do período iluminista, veja-se Marcello Caetano — *Lições* (1962) e, de certo modo, *História*, (1981) 32-14. Distinguindo entre *absolutismo iluminista* e *iluminismo liberal*, como dois momentos da concepção iluminista, Mario A. Cattaneo — *Illuminismo e Legislazione*, Milão, 1966, 21 e segs..

contra o direito comum perde força: como tem sido acentuado, a própria tradição romanista era de índole individualista. Desse modo, nas palavras de Moncada «*o novo sistema, em vez de uma revolução fez uma educação a seu modo de elementos do sistema anterior, conservando-os, mas vasando neles uma nova mentalidade*» [1].

7. *A História do Direito em Portugal. Principais colecções documentais.* Só muito tarde se desenvolveram em Portugal como, aliás, de um modo geral, em toda a Europa, os estudos histórico-jurídicos [2]. Com efeito, apenas na segunda metade do séc. XVIII, começam a ser lançadas as bases firmes da História do Direito Português. Até esse momento, o domínio dos Direitos romano e canónico, a que correspondia a pouca atenção concedida ao direito nacional, e principalmente, a falta de interesse pelos problemas da evolução jurídica, contribuíram para tal estado de coisas.

Sem dúvida que a Renascença, ou, pelo menos, a orientação histórica que informava uma das suas tendências, vem observar, com outros olhos, os problemas jurídicos; simplesmente, na maioria dos casos, a atenção incide sobre a evolução do direito romano [3], e não sobre o direito nacional. A este, nos séculos XVI e XVII, poucos são os estudiosos que o observam, do ponto de vista histórico [4]; abra-se uma excepção para certos problemas de direito público, principalmente os respeitantes às regras da sucessão da Coroa e à função das Cortes,

1 L. Cabral de Moncada — *O problema metodológico, Estudos*, Vol. II, 198-199.

2 Nesta matéria, veja-se Paulo Merêa — *De André de Resende a Herculano (Súmula histórica da história do direito português)*, publicado, pela primeira vez, no *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Vols. V e VI, e, depois, nos *Estudos de História do Direito*, Coimbra, 1923, 7-43.

3 E o caso, nomeadamente, de Luís Teixeira — *In subtilem perutilem et necessarium Digestorum Titulum de Rebus Dubiis Commentaria*, Veneza, 1507; António de Gouveia — *Opera Iuris Civilis*, Lião, 1562; Manuel Soares da Ribeira — *Juris Observationum Liber Singularis*, Lião, 1562; Gonçalo Mendes de Vasconcelos Cabedo — *Diversorum Iuris Argumentorum Liber Primus*, Coimbra, 1594; Duarte Caldeira — *Variarum Lectionum*, Pinciae, 1595 e *De Erroribus Pragmaticorum*, Madrid, 1610; João Altamirano — *In Priores XIII Libros XX Quaest. Q. Cervidiis Scaevolae Commentarius* (esta obra, aliás, só veio a ser editada no século XVIII).

4 Encontram-se algumas anotações de carácter histórico e jurídico em Jorge de Cabedo — *Decisiones Senatus Regni Lusitaniae*, Lisboa, 1603 (principalmente na segunda parte); Gabriel Pereira de Castro — *Tractatus de Manu Regia*, Lisboa, 1622 e 1625, e *Monomachia sobre as Concordias dos Reys deste Reyno*, Lisboa, 1638; e Domingos Antunes Portugal — *Tractatus de Donationibus Regiis Iurium et Bonorum Regiae Coronae*, Lisboa, 1673.

que atraem as atenções, quer no momento da crise de 1580 [1], quer, posteriormente, em 1640, quando da Restauração [2], ou, em 1667, com o afastamento de Afonso VI [3].

A maior parte dos nossos juristas ignorava a existência das próprias *Ordenações Afonsinas* (cfr. Merêa, *ob. cit.*, 17, onde na nota 1, aponta, como excepções, Miguel de Reinoso — *Observa.*, 61, n.º 61 e Manuel Barbosa — *Remiss. à Ord.*, liv. 5, tit. 47). Pode acrescentar-se, ainda, o nome de Jorge de Cabedo — *Decisiones, cits.*, II Parte, dec. LXXXVI, n.º 10, pág. 276.

A primeira metade do século XVIII vai ter, principalmente, interesse no capítulo de compilação de documentos e de investigação bio-bibliográfica [4]. Mas — como se teve ocasião de dizer — é na segunda metade daquele século que se criam fundamentos sólidos à nossa disciplina. O desenvolvimento dos estudos histórico-jurídicos que a corrente iluminista trouxe consigo — e de que a obra de Luís António Verney constituiu o prólogo — vai ter como instrumentos a reforma dos *Estatutos da Universidade de Coimbra* (1772) e a fundação da *Academia Real das Ciências*, de Lisboa (1774).

Nos *Estatutos*, manda-se ensinar, pela primeira vez, a história do direito português, devendo o professor começar «*pela História das Leis, Usos e Costumes legítimos da Nação Portuguesa: Passando depois à História da Jurisprudência Theoretica, ou da Sciencia das Leis de Portugal: E concluindo com a História da Jurisprudência Prática, ou do Exercício das Leis: e do modo de obrar e expedir as causas, e negócios nos Auditórios, Relações, e tribunais destes Reinos*» [5]. Para dar execução a estes propósitos, mandavam os Estatutos que o professor da cadeira

[1] Vejam-se indicações bibliográficas em J. Veríssimo Serrão — *Fontes de Direito para a História da Sucessão de Portugal (1580)*, Coimbra, 1960 (Separata do *Bolet. da Fac. de Dir.*, Vol. XXXV).

[2] A bibliografia é relativamente numerosa. Como síntese, veja-se Mário Soares — *A justificação jurídica da Restauração e a teoria da origem popular do poder político*, in *Jornal do Fôro*, Ano 18, Lisboa, 1954, 8 e 111. A págs. 34, encontram-se as principais indicações bibliográficas.

[3] Sobre estes problemas, veja-se o estudo de F.P. de Almeida Langhans — *Fundamentos Jurídicos da Monarquia Portuguesa*, Lisboa, 1951.

[4] Disso são testemunhas as, ainda hoje, insubstituíveis *História Genealógica da Casa Real Portuguesa*, Lisboa, 1735 (2.ª ed., Coimbra, 1946) de António Caetano de Sousa e a *Biblioteca Lusitana*, Lisboa, 1741 (2.ª ed. Lisboa, 1930, 3.ª ed. Coimbra, 1965-67) de Diogo Barbosa Machado.

[5] *Estatutos*, Livro II, tit. III, cap. IX, n.ºs 1-2, 156-7.

redigisse um compêndio de *História do Direito Português* [1] e é, assim, que vem a surgir a *Historia Juris Civilis Lusitani* de Pascoal José de Melo Freire, terminada em 1777, publicada, depois, pela Academia (1778) e, finalmente, aprovada para o ensino, em 1805.

Entretanto, por impulso da *Academia Real das Ciências*, iam saindo estudos histórico-jurídicos do maior interesse, devidos a, entre outros, António Caetano do Amaral, José Anastásio de Figueiredo e João Pedro Ribeiro, estudos esses que se podem ver na *História e Memórias da Academia* e nas *Memórias de Literatura Portuguesa*.

Durante o século XIX, a Universidade de Coimbra, por intermédio do seu lente Manuel António Coelho da Rocha, apresentou uma nova obra de síntese, o *Ensaio sobre o Governo e Legislação de Portugal* (1841), que veio a ser reeditado variadíssimas vezes, embora prime mais pela clareza do que pela profundidade de investigação.

Mas, nesta época, a figura dominante é a de Alexandre Herculano que, na *História de Portugal, desde o começo da monarquia até o fim do reinado de Afonso III* (1846-1853) e nos *Opúsculos*, se ocupa dos problemas histórico-jurídicos medievais, de modo a, ainda hoje, se tornar indispensável a sua consulta. A Herculano se deve, também, a direcção da grande compilação de documentos, denominada *Portugaliae Monumenta Historica*.

Entre os séculos XIX e o actual (1885-1922) aparece uma obra, a «*História da Administração Pública em Portugal nos séculos XII a XV*» [2], de Henrique da Gama Barros, obra de conteúdo muito mais vasto do que o inculcado pelo título, já que contém todo um panorama da história social e jurídica da nossa Idade Média.

Durante muito tempo, não produziu o ensino universitário qualquer obra de síntese: assim, é apenas em 1904 que sai a «*História das instituições do direito romano, peninsular e português*», de Marnoco e Sousa e, em 1906, a «*História geral de direito romano, peninsular e português*», de Joaquim Pedro Martins. É, porém, com Paulo Merêa,

[1] *Estatutos*, Livro II, tit. III, cap. IX, n.º 14, 166: «E porque entre os muitos Systemas, Compêndios e Sumas da *História do Direito Romano*, não há algum, que seja accomodado para o uso das Lições desta Cadeira; não só por não haver algum, em que se ache escrita a História do Direito Português; mas também porque igualmente não há algum, que compreenda todos os três objectos próprios, e inseparáveis da dita História (...) *Será o Professor obrigado a formar um Compêndio Elementar da dita História do Direito, e de todas as suas partes, proprio e accommodado para as Lições annuaes desta Cadeira*».

[2] Há uma segunda edição, publicada entre 1945 e 1954, sob a direcção de Torquato de Sousa Soares.

que exerceu funções docentes nas Faculdades de Direito de Coimbra e Lisboa, que se assiste, no plano universitário, a um renascimento dos estudos histórico-jurídicos. Em resultado do seu ensino, foram publicadas, em 1923, umas «*Lições de História do Direito Português*» (reeditadas, com alguns desenvolvimentos, em 1925) e, bem assim, um estudo intitulado «*O Poder Real e as Cortes*» que compendia lições feitas no ano lectivo de 1922-1923. Quanto aos artigos e estudos avulsos de Paulo Merêa, encontram-se eles reunidos, em grande parte, nos «*Estudos de História do Direito*» (1923), «*Novos Estudos de História do Direito*» (1937), «*Estudos de Direito Visigótico*» (1948), «*Estudos de Direito Hispânico Medieval*», 2 vols. (1952-53) e «*História e Direito (Escritos Dispersos)*» de que saiu o Volume I em 1967.

À escola de Paulo Merêa, pertencem em Coimbra, Cabral de Moncada [1], Braga da Cruz e Almeida Costa.

Na Faculdade de Direito de Lisboa, depois da saída de Paulo Merêa, viveu a investigação histórico-jurídica, quase exclusivamente, do labor de Marcello Caetano, expresso em numerosos estudos, no geral, dedicados à problemática do direito público [2]. Tendo regido, de 1939 a 1942, a cadeira de História do Direito Português, foram as lições de 1940-1941, publicadas pelos alunos Ernesto da Cruz Fernandes e Aníbal da Silva Rego; incumbido, ainda, da regência, de 1961 a 1963, publicou Marcello Cateano novas «*Lições de História do Direito Português*» (1962). Com carácter póstumo, saiu em 1981 uma *História do Direito Português*, Vol. I, *Fontes — Direito Público* (1140--1495).

Após se ter acenado, resumidamente, ao desenvolvimento dos estudos histórico-jurídicos, em Portugal [3], cabe, ainda, fazer uma referência às colecções documentais que mais se relacionam com o nosso objecto:

[1] Para o ensino posterior a 1900, veja-se Marcello Caetano — *História* (1981), 52-56.

[2] A principal bibliografia histórica de Marcello Caetano pode ver-se na sua *História do Direito Português* (1981).

[3] Não se pode, também, esquecer que o direito português, nomeadamente nos primeiros tempos, tem grandes semelhanças com os demais direitos hispânicos e, daí, que ofereça interesse a consulta da história jurídica espanhola. A título exemplificativo, citamos Galo Sanchez — «*Curso de História del Derecho — Introduccion y Fuentes*», 10.ª ed., Valladolid, 1972; A. Garcia Gallo — «*Curso de História del Derecho Español*», 7.ª ed., Madrid, 1958, 2 vols. e «*Manual de História del Derecho Español*», 9.ª ed., Madrid, 1982, 2 vols.; Rafael Gibert — *Historia General del Derecho Español*, Madrid, 1981, e Jesus Lalinde Abadia — *Iniciación Historica al Derecho Español*, Barcelona, 3.ª ed., 1983; desta obra há uma versão resumida, intitulada «*Derecho Historico Español*», Barcelona, 2.ª ed., 1981, com boas indicações bibliográficas. Oferece, também, interesse L. Garcia de Valdeavellano — *Curso de Historia de las Instituciones Españolas — De los origenes al final de la Edad Media*, 5.ª ed., Madrid, 1977. Para os tempos mais antigos — e no plano de colecção documental — é de citar *Fontes Hispaniae Antiquae*, dirigidas por Schulten e Pericot, Barcelona, 1936 e seguintes.

— *Colecção de legislação antiga e moderna do Reino de Portugal.* Trata-se de uma colecção editada pela Universidade de Coimbra e começada a publicar na segunda metade do século XVIII. Inclui, além de outras obras, as *Ordenações Afonsinas* (única edição, até 1983), *Ordenações Manuelinas, Filipinas* e a *Colecção de Leis Extravagantes* de Duarte Nunes do Leão.

— *Colecção de Livros Inéditos de História Portuguesa* (1790-1821, 5 vols.). É uma colecção devida à iniciativa da Academia das Ciências e cujo interesse, para a História do Direito, reside, principalmente, nos vols. IV e V, onde se encontram publicados os «*foros antigos de alguns concelhos de Portugal*», nem todos reproduzidos nos *Portugaliae Monumenta Histórica.*

— *Portugaliae Monumenta Historica.* Como se disse, esta colecção, editada pela Academia das Ciências de Lisboa, é, em grande parte, fruto do esforço de Herculano. Está dividida em quatro secções:

I — *Scriptores,* que contém cronicões, vidas de santos e livros de linhagens;

II — *Leges et Consuetudines,* a parte mais preciosa para o historiador do direito, e que compreende o Código Visigótico, as leis gerais dos monarcas portugueses, os forais e os costumes, até ao fim do reinado de D. Afonso III (1279);

III — *Diplomata et Chartae,* que compreende os documentos de aplicação de direito, relativos ao território português, mas que não ultrapassa o ano de 1100;

IV — *Inquisitiones,* que contém as actas das inquirições mandadas efectuar por Afonso II, e parte das ordenadas por Afonso III.

— *Documentos Medievais Portugueses.* Trata-se de uma colecção editada pela Academia Portuguesa da História. Saíram os seguintes volumes:

— *Documentos Medievais Portugueses. Documentos régios*, vol. I — *Documentos dos condes portugalenses e de D. Afonso Henriques*, A. D. 1095-1185, t. I, Lisboa 1958 [1], que compreende os documentos emanados de D. Henrique e D. Teresa, e de Afonso Henriques;

— *Documentos Medievais Portugueses. Documentos particulares*, vol. III, A. D. 1100-1115, 1940, que compreende, pois, os documentos particulares do primeiro quinzénio do século XII; é, assim, uma continuação dos *Diplomata et Chartae* dos *Portugaliae Monumenta Historica*. Em 1980 foi publicado o Vol. IV, abrangendo documentos de 1116-1123.

— *Chartularium Universitatis Portugalensis.* É uma colecção de documentos relativos à história da universidade portuguesa, publicada pelo Centro de Estudos de Psicologia e de História da Filosofia anexo à Faculdade de Letras de Lisboa, sob a direcção de A. Moreira de Sá. Sairam oito volumes (o último em 1981), estando publicados documentos até ao ano de 1490. Também, entretanto, a partir de 1973, começou a ser publicado o *Auctarium Chartularii Universitatis Portugalensis.*

Na devida altura indicar-se-ão, ainda, outras colectâneas ou publicações que pareça oportuno citar [2].

[1] Em 1962, saiu um tomo II, com notas e aditamentos.

[2] Como auxiliares de valia devem, desde já, indicar-se o *Guia da Bibliografia Histórica Portuguesa*, vol. I, fasc. I, Lisboa, 1959, editado pela Academia Portuguesa da História, sob proposta e direcção de Marcello Caetano e o *Guia do Estudante de História Medieval Portuguesa*, Lisboa, 2.ª ed., 1979, de A.H. de Oliveira Marques. E, ainda, do maior interesse o *Indice Historico Español*, dirigido, primeiro, por Jaime Vicens Vives e, por Manuel Riu (Barcelona, 1954 e seguintes), onde se faz uma resenha anual de todos os escritos relacionados com a história hispânica e hispano-americana. No campo do Direito é, também, de citar a *Introducion Bibliográfica a la Historia del Derecho y Etnologia Juridica*, dirigida por John Gilissen, na qual o volume respeitante a *Espanha* (Bruxelas, 1965) é da autoria de R. Gibert e o relativo a *Portugal* (Bruxelas, 1977) foi elaborado por A. Hespanha. — Deste mesmo Autor, veja-se a *Introdução bibliográfica à história do direito português*, I, II e III em *Bol. Fac. Dir. Coimbra*, 49 (1973), 50 (1974) e 55 (1979). De Hespanha, veja-se, ainda, *História*, 50 e segs.

8. *Plano de exposição.* É chegado o momento de se enunciar o plano de exposição que vai ser adoptado.

Em primeiro lugar, cumpre dizer que, na impossibilidade de fornecer uma visão de toda a experiência jurídica passada, será objecto principal o estudo das *fontes de Direito;* far-se-á, pois a *história das fontes de direito português.* História das fontes, que consoante houve ocasião de se afirmar, anteriormente, procurará ser, não um simples registo ou catálogo de fontes, mas sim uma explicação da sua evolução, no tempo; procurar-se-á explicar o *porquê* do surgir, nos vários períodos históricos, de leis e costumes, o *porquê* da luta que, por vezes, se trava entre as *fontes*, o *porquê* do seu próprio conteúdo. Não é, deste modo, a história das fontes algo de inteiramente separado da restante experiência jurídica; é sim, a história do direito vista pelo prisma da história das fontes [1]. Como também se disse, quanto às experiências jurídicas anteriores à fundação do reino português, far-se-á um simples bosquejo, destinado a enquadramento histórico.

[1] Seguimos, neste ponto, o nosso antigo Professor F. Calasso — *Medio Evo del Diritto — I — Le fonti*, Milão, 1945, 6: «Una storia delle fonti del diritto non preclude, ma impegna in pieno tutto il problema storico del diritto; non resta ai margini come inventario ragionato e critico di mezzi di conoscenza, ma è *in media res*, problema di conoscenza essa stessa in quanto, come dicemmo, *guarda la storia del diritto dall'angolo visuale del processo storico delle sue fonti*».

ANTECEDENTES DE PORTUGAL

1. *Espanha pré-romana.* Pode dizer-se que, nos tempos primitivos, foi a península hispânica teatro de numerosas migrações de povos, nem sempre, facilmente, reconstituíveis [1]. Deixando de parte os tempos mais remotos, parece que, no início dos tempos históricos, existem, encostados aos Pirinéus, povos falando uma língua que evolui para o actual *vasconço* ou *basco*. Na costa leste, e, possivelmente, já em fase de declínio, aparecem os *iberos* [2], prováveis descendentes dos *argáricos*, estes provenientes da Ásia Menor, e que deram à península o nome de *Ibéria*, pelo qual é conhecida nos escritores gregos [3]. Quanto às regiões que hoje correspondem à baixa Andaluzia e ao sul de Portugal, eram elas ocupadas pelos *tartésios* ou *turdetanos*, de origem cretense, ou, mais provavelmente, provenientes da região da Lídia, na Ásia Menor. No tocante às zonas do centro e do noroeste, parece de aceitar a ideia de se terem verificado invasões de povos oriundos da Europa central. Em primeiro lugar, teria ocorrido uma invasão *lígure* ou *ambroilíria* por alguns, mais prudentemente,

---

[1] Como síntese, Julio Caro Baroja — *Los Pueblos de España*, 2.ª ed., Madrid, 2 vols., 1976; Marcelo Vigil — *Edad Antigua*, 187-270 in *Historia de España Alfaguara*, I, Madrid, 1973; *La Antiguedad* in *Historia Economica y Social de España*, dirigida por Vazquez de Prada, Madrid, 1973; Pericot Garcia — *L'Espagne avant la Conquête Romaine*, Paris, 1952, e H.N. Savory — *Espanha e Portugal* (trad. port.), Lisboa, 1969.

[2] Consulte-se José Maria Blásquez — *La Romanización*, vol. I, Madrid, 1974, 67; entre os menos recentes, Bosch Gimpera — *Los Iberos* in *Cuadernos de Historia de España*, Buenos Aires, Vol. IX, 1948, 5-93; Antonio Arribas — *Os Iberos* (trad. port.), Lisboa, 1967; E. Cuadrado Diaz — *Un pueblo pre-historico hispano; Los Iberos* na obra colectiva *Las Raices de España*, ed. Gomez — Tabanera, Madrid, 1967, 143 e segs..

[3] R. Lapesa — *Historia de la Lengua Española*, 5.ª ed., Madrid, 1959, 12. Mas veja-se, principalmente, o interessante estudo de Garcia y Bellido — *Los màs remotos nombres de España*, in *Historia de España — Estudios publicados en la revista Arbor*, Madrid, 1953, 28-45, depois publicado, em português, na *Revista de Guimarães*, 56, 1957, 227 e segs. e, em resumo, no livro intitulado «*Veinticinco Estampas de la España Antigua*», Madrid, 1967, 202 e segs..

qualificada, apenas, de *pré-celta* [1]; em seguida, a partir do século VII A.C., ter-se-iam processado invasões *celtas* que seriam procedentes do sul da actual Alemanha. Segundo parece, alcançaram o domínio de quase toda a península, conservando-se separados nalgumas regiões, mas fundindo-se, noutras, com etnias primitivas, dando origem aos *celtiberos*. Os celtas, povo guerreiro, de cultura primária, deixaram vestígios na toponímia portuguesa (terminação em *briga* — fortaleza: *Conimbriga*) e na arqueologia, com os restos dos *castros*, *citânias* ou *cividades*, núcleos fortificados, em que viviam no alto dos montes, e se situam, principalmente, ao norte do Douro [2].

Também, entretanto, os povos navegadores do Mediterrâneo, principalmente com fins comerciais [3], se estabelecem na península. Fenícios e gregos disputam a supremacia, até que os cartagineses, herdeiros dos fenícios, acabam por se impor [4], empurrando os gregos para a costa oriental.

Traçado, assim, um breve quadro dos vários povos que tiveram contactos com a península, importa verificar qual o modo como se distribuíam no século III A.C., data da chegada dos *romanos*. Cabe dizer que, para além da existência de variadas etnias, nem mesmo dentro de cada uma delas existia unidade política. Deste modo, o panorama é o de uma *pulverização de povos*, a que corresponde uma ainda maior *pulverização política*.

Com base nos testemunhos de escritores gregos e romanos (aliás, nem sempre concordantes) pode afirmar-se que, no território que hoje é Portugal, tinham assento os seguintes diferenciados povos:

[1] Menéndez Pidal — *Ligures o Ambroilirios en Portugal*, in *Revista da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa*, Tomo X, Lisboa, 1944, 5-17; Kurt Baldinger — *La Formación de los Dominios Linguisticos en la Peninsula Iberica*, Madrid, 1963, principalmente 164 e segs., com riquíssima bibliografia. Do ponto de vista arqueológico, há, porém, uma certa relutância em aceitar esta presença lígure ou ambroiliria; cfr. Bosch Gimpera — *Los Iberos*, nota (27), 60-61.

[2] Veja-se Mendes Correia — *Os povos primitivos da Lusitânia*, Porto, 1934; Joaquim de Carvalho — *A Cultura Castreja — Sua interpretação sociológica*, separata da *Revista «Ocidente»*, Volume I, Lisboa, 1956, e bibliografia aí citada. Veja-se, também, a bibliografia indicada por Kurt Baldinger, *ob. cit.*, 147, nota 178 e, mais recentemente, Carlos Alberto Ferreira de Almeida — *Influências meridionais na cultura castreja*, Porto, 1974.

[3] Neste ponto, consultem-se os *Estudos de Economia Antiga de la Peninsula Ibérica*, Barcelona, 1968, que recolhem comunicações apresentadas na *1.ª Reunion de Historia de la Economia Antiga de la Peninsula Iberica*.

[4] Parece que, inclusivamente, é de origem púnica o nome *Hispania*, que significaria *«terra de coelhos»*.

— *Calaicos*, ao norte do Douro;
— *Lusitanos*, principalmente entre o Tejo e o Douro; e
— *Célticos*, ao sul do Tejo [1], excepto na região do Algarve, habitada pelos *Cónios*.

Destes povos, *Calaicos* e *Célticos* representariam estirpes *celtas*, mais ou menos, puras, enquanto que os *Lusitanos* seriam um ramo *celtibero*, ou como quer Mendes Correia, *«Pré-celtas que receberam a influência civilizadora e talvez antropológica dos celtas»* [2]. Pré-celtas seriam, igualmente, os *Cónios*.

No tocante a estrutura política, era ela muito variada. Na região de Tartessos existiria um Estado de base territorial; nalgumas outras zonas do sul ter-se-ia formado o Estado-cidade; enfim, nas regiões do ocidente, regiões célticas ou celtizadas (em que, como se disse, se encontram calaicos, lusitanos e célticos) predominaria o Estado-tribal. Esta forma de Estado (designada, nos escritores romanos, *populus*, *gens*) resultaria do agrupamento de várias *cidades;* por seu turno, a cidade que, na base territorial consta de uma zona fortificada *(oppidum)*, rodeada de núcleos rurais, era formada pela reunião de vários grupos familiares gentílicos (designados, nos escritores romanos, *gentilitates*). A *gentilitas* era constituída por um grupo de famílias, descendentes de um tronco comum, com religião e divindades gentílicas próprias, chefia única e conservando forte individualidade social [3].

[1] Cfr. Garcia de Valdeavellano — *Historia de España*, I, 3.ª ed., Madrid, 1963, 133-4, que recolhe orientações de Bosch Gimpera (V. mapa a pág. 144) e J. Vicens — *Atlas de Historia de España*, Barcelona, 1965, mapa XVI. Versando estes problemas, existe a obra de Torquato de Sousa Soares — *Reflexões sobre a origem e a formação de Portugal*, I, Coimbra, 1962.

[2] Mendes Correia — *ob. cit.*, 371; vejam-se, também, págs. 132 e segs. Posteriormente, Scarlat Lambrino inclinou-se para o carácter céltico dos *lusitanos*, que seriam originários da actual Suíça, da região onde se acha *Lousonna* (hoje, Lausanne); cfr. Scarlat Lambrino — *Les Celtes dans la Péninsule Ibérique selon Aviénus*, sep. de *Bulletin des Études Portugaises*, Vol. XIX, Lisboa, 1956; *Les Lusitaniens* in *Euphrosyne*, I, Lisboa, 1957 e *Sur quelques noms de peuples de la Lusitanie*, sep. de *Bull. des Et. Portug.* Vol. XXI, Lisboa, 1958. Hoje, porém, a crítica linguística mais autorizada, inclina-se, decididamente, para o carácter pré-celta dos lusitanos. Cfr. António Tovar — *Lo que sabemos de la lucha de lenguas en la peninsula iberica*, Madrid, 1968, 90-91.

[3] É o que se deduz da existência de tratados entre *«gentilitates»* de uma mesma *«gens»*, como é o caso do celebrado entre a *«gentilitas Desoncorum ex gente Zoelarum et gentilitas Tridiavorum ex gente idem Zoelarum»*. Pode ver-se a reprodução do tratado em J. de Carvalho — *A Cultura Castreja*, nota (61), 27.

Por vezes, embora com carácter transitório, aparecem unidades de âmbito mais vasto que a *tribu*. Em momentos de crise, frente a perigo externo, realizavam-se *uniões*, *confederações* de tribus: é esse o caso, entre outras, das confederações de tribus lusitanas, chefiadas por Viriato e Sertório.

Pouco se sabe acerca da organização política dos povos da Espanha pré-romana, e esse pouco não admite generalizações. Parece, no entanto, terem existido regimes monárquicos e republicano-aristocráticos, aqueles predominando no sul e leste da Península.

Conhecemos a existência de *classes sociais*, havendo a distinguir *homens livres* e *servos*. Além disso, entre os homens livres, assumiam posição de supremacia os *nobiles*, *maximi nati*, detentores de poder económico e, também, militar [1]. Nos livres cabe ainda referência aos *clientes*, homens que, mediante um pacto (de clientela), se punham sob a protecção de um poderoso, em troca de fidelidade e da prestação de determinados serviços.

Não raro o pacto de *clientela* toma feição militar, devendo, então, o *cliente* prestar serviço daquela natureza ao seu patrono. Pode, ainda, o pacto de clientela militar ter ínsito um elemento religioso que lhe confere especial fisionomia — é o caso da chamada *devotio iberica*. Em tal hipótese, o cliente (que se denomina, agora, *devotus*, *soldurius* ou *ambactus*) oferece a sua vida a uma divindade para que seja aceite em troca da vida do patrono, quando esta perigue. Se o patrono, não obstante, morria em luta, então o cliente considerando que a divindade não quisera aceitar o sacrifício, julgava a sua vida ilícita e suicidava-se, acompanhando o patrono na morte [2].

Sem receio de incorrer em repetição — que tem pelo menos a inegável vantagem de corresponder à verdade — cumpre dizer que, também, se sabe muito pouco acerca do direito que regia os povos da

[1] A existência de diferenciações sociais nos Calaicos pode deduzir-se de um passo de Estrabão, no qual, descrevendo os festins daquele povo, diz: «*Nos banquetes sentam-se num banco encostado à parede, segundo a idade e condição*». A descrição deve ser, também, válida para os Lusitanos. Cfr. Schulten — *Viriato*, Porto, 1940, 30 e nota (16) a pág. 90.

[2] Acerca da clientela, em geral e militar, existem os estudos de Ramos Loscertales — *La «Devotio» iberica. Los soldurios*, in A.H.D.E., I (1924), 7-26 e *Hospicio y clientela en la España céltica*, in *Emerita*, X, 1942, 308-337. Vejam-se, também, Garcia Gallo — *Manual de Historia del Derecho*, Madrid, 1959, 466-467, e Tomo II, *Antologia de Fuentes del Antiguo Derecho*, (mesmo lugar e data), 283-284; José Maria Blazquez — *La Romanización*, tomo II, *La Sociedad y la Economia en la Hispania Romana*, Madrid, 1975, 335-358.

península [1], direito esse cuja principal fonte era o costume [2]: no tocante aos habitantes do ocidente sabemos, simplesmente, que os condenados à morte eram despenhados, os parricidas lapidados, fora das fronteiras da cidade, e que constituíam família em base monogâmica [3].

2. *A Espanha romana.* É Cartago que traz Roma à península ibérica. Quando em 218 A.C., Gneu Cornélio Cipião desembarca, com as legiões romanas, em Ampúrias, trazendo a intenção de debilitar a rectaguarda do exército de Aníbal, inicia-se o processo que irá conduzir à anexação de Espanha ao império romano.

Em 206 A.C., com a queda de Gades (Cadiz), último baluarte púnico na península, terminava a influência cartaginesa. Todavia, nesse momento, «Espanha estava perdida para Cartago, mas não ganha para Roma» [4].

Vai seguir-se uma longa luta contra os povos indígenas, em que se salientam *lusitanos*, *celtiberos*, *cantabros* e *ástures*, luta essa que só se pode considerar terminada no tempo de Augusto, em 19 A.C., com a final submissão de *cantabros* e *ástures*.

Deste modo — e porque a presença política romana se manterá até aos inícios do século V — pode dizer-se que, durante mais de seis séculos, vai Roma influenciar as sociedades hispânicas, vai *romanizá-las* [5].

[1] Neste ponto e focando, também, a época seguinte, veja-se Juan A. Alejandre Garcia — *Temas de Historia del Derecho: Derecho primitivo y Romanización juridica*, Sevilha, 1977.

[2] É certo que Estrabão, falando dos turdetanos, diz que «têm escritos muito antigos, poemas e leis em verso que eles dizem de seis mil anos». (É duvidosa a tradução de *seis mil anos*, uma vez que tanto se pode ler *eton*, anos, como *epon*, versos). De qualquer modo, com muita probabilidade, estas leis mais não seriam que costumes reduzidos a escrito.

[3] Estrabão: «*Os condenados à morte são lançados do alto dos rochedos; os parricidas são apedrejados diante das fronteiras. Só têm uma mulher como os gregos*». Cfr. Schulten — *Viriato*, 30-31. Era tendo em consideração a existente escassez de dados acerca destes povos que já os *Estatutos* pombalinos recomendavam ao professor que expusesse esta matéria «com muita brevidade, e com a crítica necessária, para não cahir, nem tocar no que he fabuloso». (*Estatutos*, Livro II. Tit. III, cap. IV, n.º 15). Veja-se, também, agora, A. Hespanha. *História*, 66-67.

[4] G. de Valdeavellano — *Historia de España*, tomo I, 159.

[5] No tema, José Maria Blazquez — *La Romanización*, tomos I-II, *cits.*; A. Tovar e J. M. Blazquez — *Historia de la Hispania Romana*, 2.ª ed., Madrid, 1980. No tocante a Portugal, Jorge Alarcão — *Portugal Romano*, Lisboa, 1973.

Não se creia, no entanto, que este processo de *romanização* é homogéneo em relação a toda a Espanha. A penetração efectiva de Roma nem sempre é igual, e a maior resistência oferecida por alguns povos também contribui para atrasar a sua romanização.

De qualquer modo, certo é que, mais tarde ou mais cedo, os povos que habitavam o território do futuro Portugal [1] (e, bem assim, quase todos os restantes povos da península) [2] acabam por esquecer os seus próprios idiomas e adoptar a *língua latina*, do invasor [3]. Em princípio, possivelmente, o *latim*, seria apenas utilizado pelos hispanos nas suas relações com os romanos, mas, lentamente, impõe-se como língua única [4]. Nem as invasões posteriores — de bárbaros e muçulmanos — lograram terminar o império do latim como língua peninsular. Não se pense, porém, que o latim hispânico é o latim *literário* que se encontra em Horácio ou Cícero. Para além da diferença, que sempre existiu, inclusivé em Roma, entre o latim

[1] A *romanização* foi muito intensa ao sul do Tejo; ao norte, devido à resistência deparada, foi menor. Veja-se M. Pastor Muñoz — *Los Astures durante el Imperio Romano*, Oviedo, 1977; Francisco Diego Santos — *Epigrafia Romana de Asturias*, Oviedo, 1959 e *Romanización de Asturias a traves de su Epigrafia Romana*, Oviedo, 1963. Para os povos setentrionais, em geral, veja-se Caro Baroja — *Los Pueblos del Norte de la Peninsula Iberica*, Madrid, 1943 e Joaquim Gonzàlez Echegaray — *Los Cantabros*, Madrid, 1966; estudando a persistência da toponímia pré-romana, consulte-se Fritz Garvens — *Die vorrömische Toponymie Nordspaniens*, 1964. Veja-se, também, C.A. Ferreira de Almeida — *Notas sobre a Alta Idade Média no noroeste de Portugal*, Porto, 1973 e A. Barbero e M. Vigil — *Sobre los Origenes Sociales de la Reconquista: Cantabros y Vascones desde fines del Imperio Romano hasta la Invasion Musulmana* in *Sobre los Origenes Sociales de la Reconquista*, Barcelona, 1974, pág. 13 e segs. Também, Sánchez-Albornoz — *Vascos y Navarros en su Primera Historia*, Madrid, 1974.

[2] Ressalve-se o caso dos povos de *língua basca*.

[3] Estrabão, falando, no tempo de Augusto, acerca dos *turdetanos*, em especial dos habitantes das margens do Bétis, dizia terem adoptado os costumes romanos e *esquecido a sua língua nativa*. Acrescentava, ainda, que pouco faltava para que todos se tornassem romanos. Cfr. R. Lapesa — *Historia de la Lengua Española*, 41. Não terão, no entanto, os povos peninsulares perdido todos os seus *usos*, nomeadamente os ligados à agricultura.

Assim, Jorge Dias, estudando os *arados* da região portuguesa (*Os arados portugueses e as suas prováveis origens*, Coimbra, 1947) apurou a existência de três tipos: o arado de *garganta*, no sul, que deriva, provavelmente, da cultura de Tartessos; o arado *quadrangular*, na zona costeira do Atlântico norte, o mais recente e que parece ter sido trazido pelos suevos; e o arado *radial*, na zona montanhosa do norte, de origem pré-romana e que é o tipo mais arcaico.

[4] Veja-se Garcia y Bellido — *La Latinizacion de Hispania*, separata de *Archivo Español de Arqueologia*, vol. 40, 1967, n.os 115 e 116; Antonio Tovar — *Latin de Hispania: aspectos léxicos de la romanización*, Madrid, 1968.

literário e o latim *falado* (por vezes designado de latim *vulgar*) [1] há aqui a considerar as peculiaridades deste latim *provincial*, falado na Península, em que se combinavam certas características do latim trazido por legionários, colonos e comerciantes romanos, com formas alatinadas de primitivos vocábulos indígenas [2].

Observemos, agora, alguns aspectos da posição assumida por Roma, no *campo político*, frente às várias comunidades peninsulares. No geral dos casos, a sua autonomia era respeitada; no entanto, por vezes, quando as cidades se rendiam só após extraordinária resistência militar (como Numância) em castigo, ficavam à mercê de Roma, sem quaisquer garantias. Deixavam de ter existência política, como cidades. Nas restantes hipóteses, naquelas em que Roma entende conceder às *cidades indígenas* a conservação do seu estatuto político-administrativo, podem ainda distinguir-se diversas tipificações:

— *cidades estipendiárias (civitates stipendiariae)* que eram as que, embora gozando de autonomia, podiam vê-la modificada pela intervenção do governador de província. Além disso, deviam conceder facilidades de carácter militar e pagar um imposto *(stipendium)*, que recaía sobre o território provincial;

— *cidades livres (civitates liberae)* eram as que gozavam de autonomia, por força de acto unilateral de Roma, autonomia essa que não podia ser perturbada por intervenção do governador de província; pagavam, no entanto, tributos a Roma.

Se, acaso, estavam isentas do pagamento desses tributos, denominavam-se, então, *cidades livres e imunes (civitates liberae et immunes)*;

enfim,

— *cidades federadas (civitates foederatae)* eram aquelas que mantinham a sua autonomia em virtude de tratado *(foedus)* celebrado com Roma, estando isentas do pagamento de quaisquer impostos.

[1] A expressão *latim vulgar* é usada pelos autores com grande imprecisão: também há quem chame latim *vulgar* a uma das espécies do latim falado, o latim das pessoas de baixa condição. Por todos, veja-se Serafim da Silva Neto — *História do Latim Vulgar*, Rio de Janeiro, 1957.

[2] S. da Silva Neto — *História da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, 1952-54, 114 e segs.; R. Lapesa — *História*, 60 e segs.; *Enciclopedia Linguistica Hispânica*, Tomo I, Madrid, 193 e segs..

A par destas *cidades indígenas*, existiam, também, cidades de *tipo romano* — as *colónias* e os *municípios*.

Nas *colónias* [1] — criadas à imagem de Roma — estabeleciam-se, em geral, os veteranos das legiões. Os *municípios* — que podiam ser de *cidadãos romanos* ou de *latinos* — resultavam da transformação de primitivas cidades indígenas a cujos habitantes havia sido concedida a *cidadania* ou, simplesmente, a *latinidade*.

O completo esclarecimento dos conceitos que se acabam de indicar, é matéria que pertence à História do Direito Romano. Cabem, porém, neste momento, algumas anotações. Em Roma, à semelhança do que ocorria noutras sociedades da Antiguidade, e de acordo com o chamado sistema de *personalidade do direito*, só o cidadão romano, o *civis*, gozava, plenamente, da protecção da ordem jurídica romana; ao estrangeiro, ao *peregrinus*, seria aplicável, em princípio, o seu direito nacional.

Como se concretizava, então, essa protecção jurídica do cidadão, do *civis*? Concretizava-se pela concessão de alguns direitos fundamentais.

No campo do direito privado, possuía o cidadão o *ius connubii* (ou *connubium*) e o *ius commercii* (ou *commercium*) que consistiam, respectivamente, no direito de contrair matrimónio e constituir, legitimamente, família, e no direito de efectuar negócios jurídicos de carácter patrimonial, no âmbito do *ius civile*.

No campo do direito público, tinha o *civis* o *ius suffragii* (ou *suffragium*) e o *ius honorum* (ou *honores*), isto é, o direito de votar nos comícios e o direito a poder fazer parte das magistraturas do Estado romano.

Sucede que, desde cedo, logo nos primeiros tempos da expansão itálica, Roma, numa política de atracção para com os povos vizinhos, atribui-lhes, mas não *plenamente*, a cidadania romana: fica, pois, a existir, entre cidadãos e peregrinos, uma classe de homens livres que goza de *parte* dos direitos que definem a cidadania romana, e que é a classe dos *latini*, assim chamados por terem sido os habitantes do Lácio os primeiros beneficiários de tal privilégio. Daí, também, o denominar-se esta semi-cidadania *latinidade*, *Latium*, *ius latii*.

No campo do direito público, tinham os *latini*, de um modo geral, *ius suffragii*, mas não *ius honorum*. Na esfera do direito privado tinham uns *ius connubii* e *ius commercii (latini prisci* ou *veteres)* e

[1] Neste ponto, veja-se Garcia y Bellido — *Las colonias romanas de la Provincia Lusitana* in *Arqueologia e História*, Lisboa, 1958, 13-23; *Las colonias romanas de Hispania*, in *A.H.D.E.*, Tomo XXIX, 1959, 447 e segs..

outros, apenas, *ius commercii (latini coloniarii)* [1]. Além disso, quer para os *latini veteres*, quer para *os coloniarii*, existia a possibilidade de alcançarem a plena cidadania romana, desde que, nas suas cidades, desempenhassem certos cargos públicos. Abria-se, neste ponto, uma distinção entre o *ius latii maius* (ou *Latium maius*) e o *ius latii minus* (ou *Latium minus*). Se, para que o latino alcançasse a cidadania, era suficiente que tivesse feito parte do *Senado local*, tivesse sido *decurião*, estava-se perante um caso de *ius latii maius;* se, para aquele efeito, se tornava necessária a ocupação de uma *magistratura* na sua cidade, então, tratava-se de *ius latii minus* [2].

Estas anotações servem para compreender as medidas que Roma vai tomar, com vista à assimilação política dos povos da península. Como se disse, nos primeiros tempos, a tendência era a de os povos indígenas viverem as *suas* normas jurídicas. Todavia, a pouco e pouco, à medida que a assimilação progride, Roma, a par da fundação de colónias, vai, numa política de captação, conceder a *cidadania* e a *latinidade* a certas cidades indígenas quando não, individualmente, a pessoas poderosas. Deste modo, no tempo de Augusto, existem, já, na Bética, dez cidades indígenas que se transformaram em municípios de cidadãos romanos e outras vinte e sete cidades que beneficiam de latinidade.

No entanto, vai ser o imperador Vespasiano que, no ano de 73 ou 74, dará extraordinário impulso à assimilação política dos habitantes de Espanha, ao conceder *latinidade* [3], na forma de *ius latii minus*, a todos os povos da península. Se, no que respeita ao direito público, o *ius suffragii*, o direito de votar nos comícios em Roma, era meramente teórico [4], situação diferente se oferece quanto ao direito privado: aqui, na medida em que gozavam de *ius commercii*, passavam todos os negócios de carácter patrimonial a ser regidos pelo direito

[1] Por não ter interesse para a exposição da matéria, deixamos de parte a terceira categoria de latinos — os *latini iuniani*.

[2] Encontra-se ilustrada no jurisconsulto Gaio esta classificação (*Institutas*, 1,96): «nam aut majus est Latium aut minus: majus est Latium, cum et hi qui decuriones leguntur et ei qui honorem aliquem aut magistratum gerunt, civitatem Romanam consecuntur; minus Latium est, cum hi tantum, qui magistratum vel honorem gerunt, ad civitatem Romanam perveniunt; idque compluribus epistulis principum significatur».

[3] É notícia que se recolhe, directamente, em Plínio, *Hist. Nat.* 3,3(4),30: «*Universae Hispaniae, Vespasianus Imperator Augustus iactatum procellis rei publicae Latium tribuit*».

[4] Além disso, é mesmo discutível se teria sido concedido este teórico direito.

romano [1], havendo ainda, a possibilidade de recorrer a tribunais romanos.

Como se disse acima, a *latinidade* foi concedida na forma de *ius latii minus*, o que implicava, também, certo tipo de facilidades na ascensão à *cidadania romana*. Desse modo, seria considerado cidadão romano todo aquele que tivesse desempenhado uma magistratura local e esse benefício seria extensível, dentro de certo limite numérico, a sua mulher, a seus pais e a seus filhos e netos por via masculina [2].

A medida de Vespasiano foi, pois, um primeiro passo na senda da assimilação política. Faltava o segundo — o da concessão de *cidadania* — passo que foi dado em 212, numa constituição *(constitutio antoniniana)* do imperador Antonino Caracala. Nessa constituição, Caracala concede a cidadania a todos os habitantes do império romano, com excepção dos *deditícios* [3]. A partir de então, a romanização da península recebera a sua plena consagração oficial.

Ocorre, agora, falar das *fontes de direito* da Espanha romana. Ainda que se encontrem algumas normas que tenham por específico objecto a vida peninsular — entre elas, leis respeitantes a fundação de colónias *(lex Ursonensis* ou *lex Coloniae Genetivae Juliae)* ou de municípios *(lex Salpensana, lex Malacitana)* e normas atinentes à organização de distritos mineiros *(Lex metalli Vipascensis* e *lex dicta*

[1] Nas relações de família — porque não tinham *ius connubii* — continuavam os peninsulares a reger-se pelo seu direito próprio.

[2] *Lex Salpensana* 21 — «Rubrica: Vt magistratus civitatem Romanam consequantur. Qui IIvir aedilis quaestor ex hac lege factus erit, cives Romani sunto, cum post annum magistratus abierint, cum parentibus coniugibusque a liberis, qui legitimis nuptis quae siti in potestatem parentium fuerint, idem nepotibus ac neptibus filio natis natabus, qui quaeque in potestate parentium fuerint; dum ne plures cives Romani sint quam quod ex hac lege magistratus creare oportet».

[3] Diz Caracala: «É mister, antes de tudo, referir à divindade as causas e motivos (dos nossos feitos): também eu teria de dar graças aos deuses imortais, porque com a presente vitória me honraram e preservaram. Assim, pois, creio de este modo poder satisfazer com magnificência e piedade a sua grandeza ao associar ao culto dos deuses quantos milhares de homens se agreguem aos nossos. *Outorgo (pois) a todos os que se encontram no orbe a cidadania romana, de modo que ninguém fique sem cidadania, excepto os deditícios.* (...)». A versão apresentada tem por base a tradução do papiro de Giessen, 40, de D'Ors — *Docs. del Egipto romano*, 203. É muito discutido o conceito de *deditícios*, mencionado na constituição: provavelmente diria, apenas, respeito a algumas unidades de soldados bárbaros; cfr. *D'Ors-Nuevos Estudios sobre la «C.A.»* in *Atti dell XI Congr. Inter. di Papirologia* (1966), 408 e *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1968, 19, nota 5.

metalli Vipascensis [1], certo é que, em Espanha, não havia uma ordem jurídica romana, diferente da que se aplicava nas restantes partes do império. No puro campo dos princípios, o direito romano, em todo o império, era idêntico e daí que não exista uma problemática peculiar das *fontes de direito* da Espanha romana: as fontes de direito são as mesmas para qualquer parte do território. Por isso, também nesta parte da exposição, se remete para a História do Direito Romano; aí se enunciam as *fontes do direito* que existiam em Roma, as vicissitudes que sofreram no seu pluri-secular processo de evolução e que, naturalmente, se repercutiram na península Hispânica.

Há, no entanto, uma questão a que, neste momento, se tem de fazer referência. Uma coisa é, no puro campo dos princípios — como acima se disse — o direito romano ser idêntico para todo o império e outra é o direito romano ser aplicado, efectivamente, e do mesmo modo, em todo o império.

Ainda que, depois da constituição de Caracala, em teoria, a Espanha se devesse reger pelo direito de Roma, a prática não terá correspondido, em absoluto. Era, já de si, o direito romano de estrutura bastante técnica e complexa, para que não suscitasse dificuldades de aplicação; se a estas se acrescentarem as que derivariam de interpretações efectuadas por povos nem sempre suficientemente romanizados, e, ainda, as originadas pela persistência de direitos indígenas, facilmente se compreenderá que, neste condicionalismo, surgirá um *direito romano vulgar ou popular*, por vezes, bem diferente do direito romano *oficial* ou *imperial* [2]. Qualquer coisa, pois, de muito semelhante ao que ocorreu com o *latim*. É na legislação compilada pelos visigodos que se pode descortinar algo do que seria este *direito romano vulgar* e que vem a ser o elo de ligação com as sucessivas experiências jurídicas medievais.

3. *A Espanha visigoda.* Desde muito cedo que Roma é submetida à pressão dos povos bárbaros que estanciavam para lá das

[1] Nesta matéria, veja-se Marcello Caetano — *História*, (1931), 83-85 e com maior desenvolvimento, Alvaro D'Ors — *Epigrafía Jurídica de la España Romana*, Madrid, 1953. Também, A. Hespanha — *História*, 78-80.

[2] É hoje debatidíssimo o conceito de direito romano vulgar. Nos autores portugueses, vejam-se Paulo Merêa — *Estudos de direito visigótico*, prefácio; Braga da Cruz — *Direito romano vulgar ocidental*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, ano 25.º, 197; e Raúl Ventura — *Manual de Direito romano*, 265 e segs., onde se encontra, também, bibliografia muito completa.

fronteiras do império [1]. Todavia, a potência militar de Roma e a sua política assimiladora, iam-se mostrando suficientes para conjurar o perigo que aquela pressão representava. Mas, no fim do séc. IV e início do século V, a força da declinante Roma mostrar-se-á incapaz de constituir barreira às penetrações dos povos bárbaros, e, em toda a parte, as fronteiras romanas são violadas. A península hispânica não formou excepção [2]. No Outono do ano de 409, *Alanos*, *Vândalos* e *Suevos* passam os Pirinéus com intenção de se estabelecerem no solo ibérico [3]. Os *Alanos* eram de origem asiática, da zona do actual Turquestão, constituindo, talvez, restos de um primitivo império alano, situado entre o norte do Cáucaso e os Urais, que fora destroçado pelos Hunos. *Vândalos* e *Suevos* eram povos germânicos. Os Vândalos, procedentes da Escandinávia, tinham-se dividido, nas suas migrações, em dois grupos: os *Vândalos Silingos* e os *Vândalos Asdingos* [4]. Quanto aos *Suevos*, também fraccionados em grupos, vamo-los encontrar, na época das invasões, francamente espalhados por toda a Europa: na Suévia (a que deram o nome), na região de Veneza, na Flandres, na Grã-Bretanha e na península hispânica [7].

Não seriam os invasores em número muito elevado; porém, o saque a que, durante dois anos, sujeitaram a Espanha, deixou traços muito vivos na memória dos seus habitantes [6]. Em 411 ou

[1] Da literatura mais moderna, veja-se, por todos, Lucien Musset — *Les Invasions — Les Vagues Germaniques*, Paris, 1965, com abundantes indicações bibliográficas. É, ainda, de interesse a consulta do clássico Ferdinand Lot — *La fin du monde antique et le début du moyen âge*, Paris, 1927 (3.ª ed. 1968) e de Robert Latouche — *Les Grandes Invasions et la crise de l'Occident au Ve Siècle*, Paris, 1946. Também J. J.Sayas Abengoechea e L. A. Garcia Moreno — *Romanismo y Germanismo — El Despertar de los Pueblos Hispânicos* in *Historia de España* dirigida por M. Tuñon de Lara, Barcelona, 1981.

[2] Consulte-se, neste ponto, José Maria Lacarra — *Il tramonto della Romanità in Hispania*, in *Cuadernos de Trabajos de la Escuela Española de História y Arqueologia en Roma*, XI, Roma, 1961, 19-32.

[3] Para a história desta época é fundamental o *Cronicon* de Idácio, bispo de *Aquasflavias* (a actual Chaves) que escreveu cinquenta anos depois dos acontecimentos.

[4] Sobre os Vândalos, em especial, mas também com muito interesse para toda a história das invasões bárbaras, veja-se C. Courtois — *Les Vandales et l'Afrique*, Paris, 1955.

[5] L. Musset — *Les invasions*, 109.

[6] É longa, mas digna de ser citada, a descrição de Idácio: «Espalhando-se os bárbaros em fúria, pelas Espanhas, e recrudescendo, em toda a parte, a peste, o cobrador tirânico rouba as riquezas e provisões guardadas nas cidades, e o soldado esgota-as: de tal modo se estende a fome que por motivo dela foram devoradas carnes humanas pelo

412 [1] resolvem, então, fazer uma partilha das terras conquistadas: aos *Vândalos Asdingos* e *Suevos* cabe a «Gallaecia», aos *Alanos*, a Cartaginense e a Lusitânia, aos *Vândalos Silingos* cabe a Bética [2].

Entretanto, Roma procura reagir a tal estado de coisas; na impossibilidade, todavia, de por si só, enfrentar a situação, faz, em 416, com Vália, rei dos *Visigodos*, bárbaros mais romanizados, um pacto pelo qual este se obriga, como aliado de Roma, a combater Alanos, Vândalos e Suevos.

Efectivamente, entre 416 e 418, os Visigodos, comandados por Vália, entram na península e lutam com Vândalos Silingos e Alanos, a quem vencem. Os poucos sobreviventes acolhem-se à protecção dos Vândalos Asdingos e Suevos, que, aliás, não chegaram a ser atacados por Vália. Os Visigodos vão, seguidamente, após novo *foedus* com Roma, em 418, retirar-se para o sul da Galia, para a Aquitânia, onde se fixam [3]. Na verdade, durante muito tempo, registar-se-ão incursões militares dos Visigodos na península, mas o reino visigodo continuará a ter a sua capital em Tolosa [4]; é só a partir de 466, com Eurico, e principalmente a partir da derrota de Vogladum (Vouglé), em 507, às mãos dos francos, que os Visigodos, expulsos da Gália, se assentam

género humano: até as mães comeram corpos de seus filhos mortos e cozidos por elas. Os animais ferozes acostumados aos cadáveres dos mortos pela espada, matam até os homens mais fortes, e alimentados com as suas carnes matam os homens por toda a parte. E assim, com as quatro pragas da guerra, da fome, da peste e das feras, assolando tudo, se cumpriram as predições do Senhor, anunciadas pelos seus profetas» *(España Sagrada*, 3.ª ed., tomo IV, 352) — Há, agora, tradução portuguesa — *Crónica de Idácio — Descrição da Invasão e Conquista da Península Ibérica pelos Suevos* (séc. V), Versão e Anotações de José Cardoso, Braga, 1982. No entanto, Reinhart diz ser esta descrição «en colores oscuros y llenos de exageraciones retóricas», acentuando «que hoy ya no nos convence del todo desde que sabemos que al escribir medio siglo después su crónica utilizó frases antiguas y biblicas». *(Historia General del Reino Hispanico de los Suevos*, Madrid, 1952, 31). F. Giunta — *Idazio ed i barbari* in *Anuario de Estudios Medievales*, Vol. I, Barcelona, 1964, 491-494 considera a atitude pessimista de Idácio, influenciada pelo pensamento de S. Jerónimo.

[1] Esta última data — aliás a indicada na chamada *Chronica Gallica* — é defendida por C. Courtois — *ob. cit.*, 53.

[2] Idácio: «(...) *ad habitandum sibi Provinciarum dividunt Regiones: Gallaeciam Wandali occupant et Suevi, sitam in extremitate Oceani maris occidua. Alani Lusitaniam, et Carthaginensem Provincias: et Wandali, cognomine Silingi, Baeticam sortiuntur*».

[3] Acerca das discussões que suscita este novo *foedus* e a fixação dos visigodos na Aquitânia, veja-se E.A. Thompson — *The Settlement of the Barbarians in Southern Gaul* in *Journal of Roman Studies*, XLVI, Londres, 1956, 65-75.

[4] Veja-se, agora, Ana Maria Jimenez Garnica — *Origenes y Desarrollo del Reino Visigodo de Tolosa*, Valladolid, 1983.

definitivamente em Espanha, acabando, mais tarde, por escolher Toledo como capital [1].

No extremo ocidental da península, não fora de boa paz o ambiente aí existente. Vândalos e Suevos lutam entre si, e, embora, os Vândalos vencessem, cedo abandonam a *Gallaecia* (419-420), dirigem-se para o sul, e, finalmente, sob o comando de Genserico e levando consigo o que ainda restava de Alanos, emigram para África, em 429. Fica, assim, nesta zona, a subsistir, apenas, o reino dos Suevos que virá a terminar em 585, destruído pelos Visigodos. É, pois, a partir deste momento que, no plano político, Espanha constitui uma unidade, submetida ao poder visigótico [2].

Qual a influência exercida por estes povos, nomeadamente por *Suevos* e *Visigodos?*

Não terá sido, no campo cultural, muito grande. Para isso terá concorrido o facto de a sua cultura ser inferior à da população hispano-romana, e, ainda, a sua pouca expressão numérica — seriam, os Visigodos, na avaliação actual, mais optimista, de 200 a 250.000 [3], e os Suevos entre 30 a 35.000 [4]. No tocante aos Visigodos [5] acrescia, também, o facto de se encontrarem bastante romanizados quando da

[1] Nesta matéria, vejam-se Ramon de Abadal y de Vinyals — *Del Reino de Tolosa al Reino de Toledo*, Madrid, 1960, estudo traduzido em catalão, na obra *Dels Visigots als Catalans*, Vol. I — *La Hispania Visigótica — La Catalunya Carolingia*, Barcelona, 1969, 27 e segs.; e E.A. Thompson — *The Goths in Spain*, Oxford, 1969, trad. espanhola — *Los Godos en España*, Madrid, 1971. Veja-se, igualmente, P. D. King — *Law and Society in the Visigothic Kingdom*, Cambridge, 1972 (trad. espanhola, *Derecho y Sociedad en el Reino Visigodo*, Madrid, 1981). Sobre Visigodos e Ostrogodos, em geral, há, também, que consultar *I goti in Occidente, Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo*, III, Spoleto, 1956.

[2] Se abstrairmos uma parte da Bética e da Lusitânia que esteve sujeita a domínio bizantino, entre 551 e 620-630. Sobre este domínio, veja-se um resumo em E.A. Thompson — *The Goths*, 320-334.

[3] É a opinião de Oliver Asin, Garcia Gallo, Sánchez-Albornoz e J. Orlandis — *El Reino Visigodo-Siglos VI e VII*, in *Historia Economica y Social*, vol. I, 468. Para Trend, seriam 100.000 e para Reinhart não seriam mais do que 70 a 80.000, numa população da península que orçaria por 7 a 8 milhões. Garcia Gallo calcula uma população total de 12 milhões *(El caracter germanico*, 29). Sobre os problemas demográficos há, agora, que consultar os importantes estudo e mapas de Pedro de Palol — *Demografia y Arqueologia Hispânicas de los Siglos IV al VII — Ensayo de Cartografia* in *Bolet. del Seminario de Estudios de Arte y Arqueologia*, Tomo XXXII, Valladolid, 1966, 5-66.

[4] É opinião de Reinhart, *Historia*, 32.

[5] Sobre a influência dos Visigodos, em geral, veja-se Ramon de Abadal y de Vinyals — *A propos du legs visigothique en Espagne* in *Caratteri del secolo VII in Occidente, Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo*, V, Spoleto, 1958, 541-585 e 678-682, (agora traduzido em catalão, *Dels Visigots*, 95 e segs.).

sua chegada à Península. Precisamente porque isso não aconteceu com os Suevos — e estes eram germanos mais «puros» — há quem defenda ser no ocidente da península, em certos aspectos, predominante a influência sueva [1].

Além disso, outros obstáculos existiram, durante muito tempo, à assimilação de godos e hispano-romanos. Diferenças étnicas, proibição de casamentos entre as duas raças e diferença de religião (até 589, altura da conversão de Recaredo, os godos são *arianos* e os hispano-romanos, *católicos*), faziam com que a convivência fosse muito reduzida. A própria toponímia parece ser elemento probatório nesse sentido, pois indicaria a existência de povoações *só* habitadas por godos, a par de outras *só* habitadas por hispano-romanos; assim, em Portugal, temos de um lado *Godos, Godinhos, Godinhaços* e, de outro, *Romão, Romãs, Romainho* [2].

De qualquer modo, não pode esquecer-se que a estrutura política e jurídica dos Reinos da Reconquista virá a ser, em muitos aspectos, resultante da presença visigótica [3].

[1] Jorge Dias — *Os arados*, 149: «O facto dos Suevos transporem o Reno em 406 e já repartirem terras no Noroeste da Península em 411, mostra que deviam ter trazido intactas as suas técnicas agrícolas e tradições muito mais que os visigodos, que durante séculos estão em contacto com os romanos e vivem dentro do Império Romano. Se, por um lado, os visigodos lucram com esse contacto, e se tornam, pela romanização, um povo com maior capacidade jurídica, administrativa, política e militar, também não é menos certo que a sua influência nos usos e costumes do povo, assim como nas suas tradições culturais de tipo popular, deve ser muito menor». Em orientação semelhante, veja-se Francisco José Velozo — *A Lusitânia suévico-bizantina*, Braga, 1950. Todavia, no campo dos idiomas peninsulares, não deixaram traços muito marcados. De origem sueva, aponta-se à volta de meia dúzia de vocábulos, aliás discutíveis; de origem directamente visigótica, é maior o número, cerca de trinta. Com respeito a Portugal, veja-se J.M. Piel — *Os nomes germânicos na toponímia portuguesa*, I, 1937 e II, 1945 *e O património visigodo da língua portuguesa*, Coimbra, 1942.

[2] Menéndez Pidal — *Origenes del Español*, 5.ª ed., Madrid, 1964, § 103, 505. Recorda o mesmo autor (§ 105, 509) que, ainda no século XI, se encontram vestígios desta distinção entre *godos* e *romanos*. Todavia, segundo Joseph Piel — *Os nomes germânicos*, 146, só são de referir como testemunhos seguros de colonização goda «as localidades chamadas Godos, às quais se podem juntar Revillagodos e Villatoro». Para a região portuguesa, veja-se um documento de 1027, o n.º 176 do *Liber Fidei*, cuja existência foi apontada por Paulo Merêa, na nota (13) do prefácio dos *Estudos de Direito Hispânico Medieval*. Na edição crítica do *Liber Fidei* (Braga, 1965), efectuada pelo P.e Avelino da Costa, encontra-se o doc. a págs. 208 e segs. Mas, em geral, vejam-se, agora, as observações críticas de A. de Almeida Fernandes in *Um «Exumen» Antropotoponímico* s.v. *Goda, godos, Godinhaços, Godinhós* in *Caminiana*, n.º 10, Caminha, Dezembro de 1984, 106 e segs.

[3] Para uma apreciação da influência do elemento visigodo na evolução da história política hispânica, veja-se Rafael Gibert — *El Reino Visigodo y el Particularismo Español*, in *Estudios Visigóticos*, I, Roma — Madrid. 1956, 15 e segs..

Examinemos, agora, o que se passa no campo das *fontes de direito* [1].

Primitivamente, o direito visigodo — como o dos restantes povos germânicos — era de *origem consuetudinária*. No entanto, quando os visigodos, fixando-se na Gália, começam a perder o seu nomadismo e a sofrer influxo da civilização romana, o direito consuetudinário que aplicavam, começar-se-ia a revelar insuficiente e teriam aparecido as primeiras *leis escritas*, devidas, segundo parece, a Teodorico I e, talvez, a Teodorico II *(leges theodoricianae)*; tais leis seriam aplicadas aos próprios galo-romanos, com preterição das suas leis, insertas no Código de *Teodósio* [2]. É, porém, com Eurico — entre 466 e 481, mais provavelmente cerca de 476 [3] — que surge a primeira obra de codificação, de âmbito geral [4]. O *Código de Eurico*, em que teriam trabalhado juristas de formação romana, é, por isso e pelo relativo estado de romanização em que se encontravam os visigodos, uma mistura de direito romano e visigodo [5].

Uma nova codificação vai surgir, não muito tempo depois, em

[1] Veja-se, tambem, A. Hespanha — *Historia*, 120 e segs..

[2] S. Isidoro de Sevilha, que com a sua *Historia de regibus Gothorum*, constitui uma das principais fontes para o estudo dos visigodos, não refere a existência destas *leges theodoricianae*. E, na verdade, falando do reinado de Eurico que diz — «*Sub hoc rege Gothi legum statuta in scriptis habere coeperunt. Nam antea tantum moribus et consuetudine tenebantur*». Todavia, outro autor, Sidónio Apolinario *(epistolae)* falando de Seronato, governador romano da Aquitânia, acusa-o, entre muitos outros malefícios, de dar preferência às *leges Theodoricianae* com desprezo das *Theodosianae*. — «*exultans Gothis insultansque Romanis* inludens praefectis conludensque numerariis, *leges Theodosianas calcans Theodoricianasque proponens* veteres culpas, nova tributa perquirit». Além disso, também, nomeadamente, numa lei do *Codigo de Eurico* (c. 277) se diz — «antiquos vero terminos sic stare iubemus *sicut et bonae memoriae pater noster in alia lege praecepit*». Sobre S. Isidoro, como historiador, veja-se Cristóbal Rodriguez Alonso — *Las Historias de los Godos, Vandalos y Suevos de Isidoro de Sevilla — Estudio, Edición Critica y Traducción*, Léon, 1975.

[3] É a data proposta por Alvaro D'Ors. Mas a questão é debatida. Cfr. Juan Garcia Gonzalez — *Consideraciones sobre la fecha del Codigo de Eurico*, separata de *A.H.D.E.*, Madrid, 1956.

[4] Veja-se a referência de S. Isidoro, citada na nota (2) desta página.

[5] O *Código de Eurico* teria, originariamente, à volta de 350 capítulos, dos quais chegaram completos, até nós, menos de 60, que se encontram no chamado palimpsesto de Corbie, actualmente conservado na Biblioteca Nacional de Paris. Veja-se Alvaro D'Ors — *El Codigo de Eurico — Edición, Palingenesia, Indices*, in *Estudios Visigoticos*, II, Roma-Madrid, 1960. D'Ors considera mesmo, o Código «um monumento de direito romano vulgar» e que — embora com vestígios de costumes germânicos — «no seu conjunto, pertence à cultura jurídica dos romanos do sul das Gálias na segunda metade do século V» (págs. 9-10).

506, no reinado de Alarico II — é o chamado *Breviário de Alarico* [1], *Breviário de Aniano* [2] ou *Lex Romana Visigothorum*. Naquela data, Alarico, ainda na Gália, teria submetido o Breviário à aprovação de uma assembleia de Bispos e de delegados provinciais, reunida em *Adúris (Aire sur l'Adour)*. Diferentemente do *Código de Eurico*, o *Breviário* não contém direito visigodo, sendo, sim, uma selecção de textos de direito romano, de *leges* e de *iura* [3].

Nas *leges*, encontram-se constituições do *Código Teodosiano* e *novelas pós-teodosianas;* nos *iura*, acham-se algumas, poucas, constituições dos Códigos *Gregoriano* e *Hermogeniano*, o *Epitome* ou *Liber Gaii* (versão resumida e reelaborada das *Institutas* de Gaio), textos das *Sententiae* de Paulo e um fragmento das *Responsa* de Papiniano. Na opinião de Alvaro D'Ors, esta compilação fundamentar-se-ia numa anterior (o *Pré-Breviário*), hoje desconhecida, que teria sido elaborada pouco depois de 450 [4]. De notar, ainda, que as várias fontes que formam o Breviário se encontram acompanhadas de uma *interpretatio*, destinada a esclarecer o sentido do texto; constitui excepção o *Liber Gaii* (que já é, ele próprio, como que uma *interpretatio* das *Institutas* de Gaio) e um ou outro fragmento que, pela sua clareza, não necessita de *interpretatio (haec lex interpretatione non indiget)*. Têm estas *interpretationes* — provavelmente anteriores, como se disse, ao *Breviário* e colhidas nas escolas — o valor de nos documentarem sobre os desvios e adaptações que a prática provincial introduzira no direito romano.

Com Leovigildo, entre 572 e 586, aparece nova compilação, o *Codex revisus*, assim chamado por, nele, ter Leovigildo efectuado uma revisão do *Código de Eurico*, esclarecendo algumas leis, acrescentando e eliminando outras. Não chegou até nós qualquer manuscrito do *Codex Revisus*, de que encontramos menção em S. Isidoro de Sevilha [5]:

[1] Acerca desta codificação, veja-se J. Gaudemet — *Le Bréviaire D'Alaric et les Epitome* in *Ius Romanum Medii Aevi* (a seguir citado como *IRMAE)*, Milão, 1965.

[2] Assim, também, designado por as várias cópias do *Breviário*, enviadas aos *comites*, serem subscritas pelo chanceler Aniano. Ainda na monarquia visigoda é, igualmente, o Breviário denominado *Theodosianum Corpus*.

[3] *Breviario de Alarico, Praescriptio:* «In hoc corpore continentur *leges sive species iuris* de Theodosiano vel de diversis libris electae vel, sicut praeceptum est, explanatae anno XXII regnante domno Alarico rege ordinante viro inlustre Goiarico comite».

[4] Alvaro D'Ors — Apêndice II — *Un manuscrito de la interpretatio: Vat. Reg. Lat. 1050*, in *Estudios Visigoticos*, I, 149-150.

[5] S. Isidoro — *Historia de Regibus Gothorum*, 51: «(subentenda-se Leovigildo) *in legibus quoque ea quae ab Eurico incondite constituta videbantur correxit, plurimas leges praetermissas adiciens, plerasque superfluas auferens*».

pode, no entanto, reconstituir-se, em parte, o seu conteúdo, pelo facto de numa outra compilação — o *Código Visigótico*, de que a seguir se falará — se encontrarem leis com a anotação de *antiquae*, atribuíveis ao *Codex revisus* de Leovigildo.

Chindasvindo, entre 642 e 653, procura fazer nova compilação de leis. É, porém, seu filho Recesvindo, que vem a preparar esse código, submetido à aprovação do VIII Concílio de Toledo, e publicado em 654 — o *Código Visigótico* — também conhecido por *Liber iudiciorum, Liber iudicum, forum iudicum, Lex Visigothorum recesvindiana.* Aqui se contêm, como se disse, as leis do Código de Leovigildo, com a indicação de *antiquae*, e leis posteriores, principalmente de Chindasvindo e do próprio Recesvindo.

Vai conhecer o *Código Visigótico* uma revisão *oficial.* Na verdade, Ervígio elabora essa revisão, onde se acrescentam leis suas, de Recesvindo e Vamba, e que é aprovada no XII Concílio de Toledo; enfim, esta nova redacção ou versão *ervigiana* é publicada em 681. Pensa, ainda, Egica, noutra revisão do Código, tendo disso encarregado, em 693, o XVI Concílio de Toledo; parece, no entanto, não se ter concretizado este propósito. Mas, se até ao fim da monarquia visigoda, se não efectua qualquer outra revisão *oficial*, certo é que, em alguns manuscritos que chegaram aos nossos dias, se encontram novas versões do *Código Visigótico*, de mão particular, em que se adicionam leis de Egica e Vitiza, corrigindo, aqui e ali, o texto primitivo com preceitos relativos, principalmente, ao direito público e aos deveres do monarca. A esta revisão particular, chama-se *forma vulgata*, porque é ela que, nos tempos posteriores da Reconquista, maior difusão terá [1].

4. *A Espanha visigoda (cont.). Problemas relacionados com as fontes de direito: a personalidade ou territorialidade do direito visigodo.*

Chegados ao fim da enumeração das várias *fontes de direito*, publicadas durante o período visigótico, importa considerar dois importantes problemas, com elas relacionados. O primeiro, é o da *personalidade* ou *territorialidade* do direito visigodo; o segundo, é o da possível discrepância entre um direito visigodo *escrito* e um direito visigodo *consuetudinário.*

Abordemos o primeiro problema. Durante muito tempo, a tese dominante, quase sem discussão, foi a de que, em harmonia com um

[1] Para toda esta matéria, têm interesse, ainda que superados nalguns aspectos, Rafael de Ureña — *La legislación gotico-hispana*, Madrid, 1905 e Karl Zeumer — *Historia de la legislación visigoda*, Barcelona, 1944.

sistema de *personalidade*, teria existido, na península, uma *dualidade de direitos:* aos *visigodos*, aplicar-se-ia direito *visigodo*, aos *hispano-romanos*, direito *romano.* Assim, e rememorando a exposição de fontes de direito anteriormente indicada, o primeiro Código, o Código de *Eurico* seria aplicável só a godos. Em seguida, o *Breviário de Alarico* — que, como se viu — é formado, apenas, de materiais romanos — teria sido compilado para uso da população romana. Estariam, pois, paralelamente, subsistentes, uma compilação para *godos (Código de Eurico)* e outra para *romanos (Breviário de Alarico).* Posteriormente, o *Codex revisus* de Leovigildo — de acordo com os próprios termos da notícia de S. Isidoro — teria vindo, ainda dentro de um sistema de *personalidade*, revogar, somente, o *Código de Eurico.* Segundo a tese clássica, que se está a resumir, o sistema de *territorialidade* teria surgido com o *Código Visigótico:* a partir deste momento, existiria, então, uma legislação única para visigodos e hispano-romanos [1].

A tese clássica veio, no entanto, a ser fortemente atacada por Garcia Gallo que defende a *territorialidade* da legislação visigótica, desde os primeiros tempos: haveria, logo de início, uma única legislação para ambos os povos e as sucessivas compilações iam revogando as anteriores [2].

São várias as razões aduzidas por Garcia Gallo. Em primeiro lugar, utiliza o argumento *«ex silentio»*, fazendo notar que não há qualquer fonte histórica que afirme a existência do princípio da *personalidade*, nos visigodos, nem existe disposição legislativa para resolver o problema de qual a norma (goda ou romana) aplicável nas relações entre godos e hispano-romanos, norma essa indispensável num sistema de *personalidade.* Em segundo lugar, argumenta com resultados tirados da análise do *Código de Eurico.* Assim, a forte influência de direito romano vulgar que se acha nesse *Código*, seria, já, um índice da sua aplicabilidade a romanos; por outro lado, certas leis

[1] No entanto, para alguns, como Ureña, a territorialidade começara já com o *Codex revisus.*

[2] Garcia Gallo — *Nacionalidad y territorialidad del Derecho en la epoca visigoda*, in *A.H.D.E.*, XIII, 1936-1941, 168 e segs.; *La territorialidad de la legislación visigoda* in *A.H.D.E.*, XIV (1942-1943), 593 e segs.. Todavia, no Congresso de Spoleto de 1955, G. Gallo parecia duvidar da territorialidade das leis teodoricianas (Cfr. A. D'Ors — *La territorialidad del derecho de los visigodos*, in *Estudios Visigoticos*, I, 94, nota 15 *bis*). Em 1974, Garcia Gallo voltou a abordar o tema *(Consideración Critica de los Estudios sobre la Legislacion y la Costumbre Visigodas* in *A.H.D.E.*, XLIV, 1974, 344-464) estudo em que atribui o *Código* do palimpsesto de Corbie a Teodorico I ou a Eurico e põe em dúvida a existência do Código de Leovigildo.

euricianas — como as que dizem respeito à distribuição de terras entre visigodos e romanos ou à revogação da proibição de casamentos mistos — são, por sua natureza, *territoriais;* além disso — no parecer de Garcia Gallo — algumas leis de Eurico teriam vindo revogar leis romanas do *Código Teodosiano,* facto que, num sistema de *personalidade,* seria desprovido de sentido. Em terceiro lugar, afirma o historiador espanhol que no *commonitorium* do Breviário de Alarico se contém a revogação do Código de Eurico. No *commonitorium* — onde se acham as instruções dadas aos vários *comites* acerca do modo como o Breviário deverá ser aplicado nos tribunais — prescreve-se, nomeadamente, que «(...) *in foro tuo nulla alia lex necque iuris formula proferri vel recipi praesumatur*» e que, em caso de desobediência, o *comes* poderá, mesmo, sofrer pena capital: há, pois, expressa proibição de se aplicar nos tribunais «*qualquer outra lei ou qualquer outra fórmula de direito*» que não sejam as reunidas no Breviário. Ora — afirma Garcia Gallo — nesta proibição está implícita a revogação do *Código de Eurico* e tal revogação só é explicável tomando como premissa a ideia de *territorialidade:* na tese da personalidade não se pode admitir que o *Breviário* (legislação *só* aplicável a romanos) tivesse vindo revogar o *Código de Eurico* (legislação *só* aplicável a godos). E, prevenindo a possível objecção de relutância em aceitar que o *Breviário* — como já sabemos, apenas composto de materiais romanos — fosse também aplicável a visigodos, argumenta Garcia Gallo com o que se teria passado em Itália com o *Edictum Theodorici* dos ostrogodos: igualmente este *Edictum* é composto de fontes romanas e, todavia, a sua aplicação territorial é, geralmente, aceite. Em favor da sua tese, joga, ainda, o mestre espanhol com razões derivadas da existência de uma *lei* do monarca visigodo Teudis, publicada em 24 de Novembro de 546, lei respeitante a custas processuais e que é, geralmente, considerada de aplicação territorial [1]. Mandou Teudis inserir essa lei no *Breviário,* indicando, mesmo, o lugar sistemático onde devia ser acrescentada «(...) *in Theodosiano corporis libro quarto sub titulo XVI*». Sendo assim, conclui Garcia Gallo — se a lei de Teudis é de aplicação territorial e se se manda, apenas, inserir, no Breviário de Alarico, e não no Código de Eurico, é porque, então, só o Breviário estava em vigor e, naturalmente, com caracter *territorial.*

A tese de Garcia Gallo não encontrou, nesse momento, grande

[1] A territorialidade da lei de Teudis não é, hoje, porém, aceite por E. A. Thompson — *The Goths in Spain,* 13.

adesão [1] e teve como principais opositores Paulo Merêa e os alemães Heymann [2], A. Schultze [3] e Wohlhaupter [4]. Foi, porém, Merêa que, numa série de artigos, mais insistentemente procurou demonstrar a inexistência de argumentos sólidos conducentes ao abandono do princípio da *personalidade* [5].

Não iremos apreciar e analisar, em todo o seu desenvolvimento, a tese de Merêa, que suscitou polémica com Garcia Gallo [6]. Diremos, no entanto, que o Mestre português procurou demonstrar a fragilidade do argumento *ex silentio,* já que, também nenhuma fonte fala da territorialidade e que a lei reguladora de conflitos estaria, possivelmente, na parte inicial do Código de Eurico, hoje desconhecida; procurou demonstrar, ainda, que a *romanização* deste Código seria uma natural consequência da própria romanização dos godos, e que, o haver, nele, algumas leis de natureza territorial, não era razão para que as restantes o fossem também; apontou o caracter especial do *Edictum Theodorici,* que teria caracter meramente supletivo, sem

[1] Aceitou-a W. Reinhart — *Sobre la territorialidad de los Codigos Visigodos,* in *A.H.D.E.* XVI (1945), 704. López-Amo seguiu-a, de início, mas, depois, abandonou-a, regressando à tese clássica, ao modo de Ureña. (De López-Amo veja-se *En torno a la territorialidad del derecho visigodo* in *Historia de España, Estudios publ. en la Rev. Arbor,* 66-80). O italiano Pier Silverio Leicht in *Rivista di Storia del Diritto Italiano* (vols. XVII-XX, 250) aceitou a territorialidade do Código de Eurico, mas insinuou que, com o Breviário, se havia voltado ao sistema de personalidade.

[2] Heymann, recensão a G. Gallo, in *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (Germ. Abt.),* 63 (1943), 361.

[3] A. Schultze — *Über Westgotisch-spanisches Eherecht,* Leipzig, 1944, 105 e segs..

[4] Wohlhaupter — *Das germanische Element im altspanischen Recht,* in *Zeitschrift der Savigny Stiftung, (Germ. Abt.)* 66 (1948), 169-173.

[5] Paulo Merêa — *Uma tese revolucionária (a propósito de um artigo de Garcia Gallo publicado no tomo XIII do A.H.D.E.)* in *B.F.D.C.,* vol. XVIII (1942), 417-426; *Ainda sobre a tese de Garcia Gallo,* in *B.F.D.C.,* vol. XX (1944), 259-267; *Sobre a tese de Garcia Gallo (opiniões várias),* in *B.F.D.C.,* vol. XXI (1945), 358-359; *Para uma crítica de conjunto da tese de Garcia Gallo,* in *B.F.D.C.,* vol. XXII (1946), 426-450; *Sobre os casamentos mistos na legislação visigótica (nova contribuição para uma crítica de conjunto da tese de Garcia Gallo),* in *B.F.D.C.,* vol. XXIII (1947), 56-73; *Ainda a tese de Garcia Gallo — Estado da questão,* in *B.F.D.C.,* vol. XXIV (1948), 202-204.

Vejam-se, também, do mesmo professor, os *Estudos de Direito Visigótico,* Coimbra, 1948, 199 e segs. onde se publicam alguns destes estudos e, previamente, se faz uma resenha da questão.

[6] A polémica e os seus desenvolvimentos estão bem resumidos nos *Aditamentos* de 1958 às *Lições de História do Direito Português,* de Braga da Cruz.

pretender revogar o direito anterior [1]; procurou explicar a inserção da lei de Teudis no *Breviário*, pelo facto de tal lei contemplar matéria processual que tinha tratamento no Breviário, mas não no *Código Euriciano*.

Mas — consoante Garcia Gallo veio a reconhecer — as razões fundamentais da sua tese eram a derrogação, no *Código de Eurico*, de normas constantes do Código de Teodósio, e o teor do *commonitorium* do Breviário. Ora, quanto ao primeiro aspecto, veio Merêa dizer que, num dos casos apresentados por Garcia Gallo, a norma derrogada era, provavelmente, uma *lex Theodoriciana* e que, no outro, a norma derrogante é, não de Eurico, mas sim de Leovigildo, motivo porque a norma derrogada, a *priscae legis sententia* — pertence ao próprio Código de Eurico e não ao Código Teodosiano. Quanto ao segundo aspecto — o teor do *commonitorium* — observou Merêa que as *leges* e o *ius* nele referidos, são, apenas, respeitantes ao direito romano, pelo que «o objectivo de Alarico era proibir o uso judiciário das fontes de direito romano não reunidas no *Breviário*» e não revogar o Código de

[1] A autoria deste *Edictum Theodorici* é, hoje, objecto de grande controvérsia. A tradicional atribuição a Teodorico, rei dos Ostrogodos, foi primeiro, negada por P. Rasi que, sucessivamente, formulou a hipótese de ser o *Edictum* provindo de Odoacro, de algum imperador ligado à Gália, como Avito ou Maiorano, de Gundobado, rei dos Burgúndios, ou, mesmo, de se tratar de uma falsificação (*P. Rasi-Sulla paternità del c.d. «Edictum Theodorici Regis»*, in *Archivio Giuridico*, CXLV (1953), 105 e segs.; *La legislazione giustinianea e il c.d. «Edictum Theodorici»*, in *Studi De Francisci*, Milão, IV, 1956, 347 e segs.; *Ancora sulla paternità del c.d. «Edictum Theodorici»* in *Annali di Storia del Diritto*, V-VI (1961-62), 113 e segs.). Por seu lado, G. Vismara — *El «Edictum Theodorici»* in *Estudios Visigoticos*, I, 49 e segs., veio atribuí-lo ao rei visigodo Teodorico II e, agora, propõe, mesmo a sua identificação com as célebres *«leges Theodoricianae» (Edictum Theodorici* in *IRMAE*, Milão, 1967). A. D'Ors, no prefácio que antecede a edição do Código de Eurico (*Estudios Visigoticos*, II, Roma-Madrid, 1960, 8), defende tratar-se de um *edictum* do prefeito do pretório das Gálias, no tempo de Teodorico II, possivelmente do prefeito Magno de Narbona, opinião esta que foi aceite por Ernst Levy, na recensão a esse trabalho de D'Ors (*Z.S.S., Rom. Abt.* LXXIX (1962), 479). Com Merêa (*Edictum Theodorici e Fragmenta Gaudenziana — A propósito de um recente trabalho do Prof. Vismara*, in *B.F.D.C., vol. XXXII* (1956), 305 e segs.) e Sánchez-Albornoz — *Pervivencia y Crisis de la Tradición Juridica Romana en la España Goda* in *Il Passaggio dall'Antichità al Medioevo in Occidente — Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi Sull'Alto Medioevo* — IX — Spoleto, 1962, 155, nota (66) agora, também, publicado em *Estudios sobre las Instituciones Medievales Españolas*, México, 1965, 547-601, temos alguma dificuldade em admitir que o *Edictum* possa estar ligado ao ambiente jurídico da Gália ou da Hispânia; nomeadamente, o cap. 111 do *Edictum*, que contempla a hipótese de sepultura de cadáver *intra urbem Romam*, é indício forte de uma origem itálica. A opinião tradicional continua, igualmente, a ser defendida por B. Paradisi — *Critica e mito dell'editto teodoriciano* in *Bull. Ist. Dir. Rom.* III-VII, 68, 1965, 1-47.

Eurico. Além disso, a expressão «*populi nostri*» — também invocada por Garcia Gallo — não teria o sentido de querer que o Breviário fosse aplicado às duas comunidades; conforme diz Merêa — «basta reconhecer que a medida decretada por Alarico determinando que se não aleguem mais as fontes romanas, é em qualquer hipótese, uma medida de interesse geral, tanto mais que estas fontes eram também utilizadas de facto pelos visigodos».

Note-se, porém, que Paulo Merêa, em relação ao *Código de Eurico*, nunca afirmou, rígida e peremptoriamente, a sua personalidade: começou por aceitar a *territorialidade*, proposta por Garcia Gallo, em seguida rejeitou-a, mas mesmo ainda em 1948, nos *Estudos de Direito Visigótico* — embora mantendo a tese da *personalidade* daquele Código — vê-se que, no seu espírito, existe a dúvida e a porta não fica fechada à tese da *territorialidade*. O ponto em que Merêa se manifesta irredutível adversário de Garcia Gallo é na aceitação da ideia de que o Breviário tivesse revogado o Código de Eurico [1]. O mais que se poderia admitir para o caso de se aceitar a territorialidade — dizia, então, Merêa — «era que o *Código de Eurico* tivesse continuado a vigorar como lei geral, e a par dele entrasse em uso o *Breviário*, como fonte subsidiária. A finalidade deste código complementar seria evitar os inconvenientes da livre alegação de fontes romanas» [2].

Estas críticas, dúvidas e hipóteses de Paulo Merêa foram aproveitadas por Alvaro D'Ors [3], que as procurou conciliar com os aspectos positivos da tese de Garcia Gallo.

Importa, assim, examinar a posição de D'Ors, nos seus principais argumentos.

Em primeiro lugar, vem defender a inexistência de um direito consuetudinário visigodo, ao tempo do assentamento deste povo na Gália do Sul e na Hispânia. Neste sentido, considera argumento muito valioso o testemunho que se encontra em Jordanes, escritor do

[1] Paulo Merêa — *Estudos de Direito Visigótico*, 206: «Por mais hábil que seja a explicação dada por Garcia Gallo à substituição do Código Euriciano pelo Breviário e à restauração daquele por Leovigildo, o nosso espírito não pode deixar de ficar perplexo perante saltos tão bruscos num breve espaço de tempo.

Acresce que S. Isidoro, ao falar-nos da compilação de Leovigildo, não diz que esta ressuscitou a obra de Eurico, antes parece pressupor que o Código Euriciano continuava em vigor: *in legibus quoque ea quae ab Eurico incondite constituta videbantur correxit*, etc.». E, na página seguinte: «Decididamente a ideia de que o Breviário revogou o Código Euriciano tem de ser posta de lado».

[2] Paulo Merêa — *ob. cit.*, 207.

[3] Alvaro D'Ors — *La territorialidad del derecho de los visigodos*, in *Estudios Visigoticos*, I, 93-124.

século VI, autor de uma história dos godos, denominada *Getica:* Jordanes *(Get. cap. 25)*, referindo-se ao estabelecimento dos godos na Trácia, em 376, diz terem eles, dirigindo-se ao Imperador Valente, afirmado «*ut partem Traciae sive Moesiae si illis traderet ad colendum, eius legibus viverent, eiusque imperiis subderentur: et ut fides uberior illis haberetur, promittunt se, si doctores linguae suae donaverit, fieri Christianos*».

Declara D'Ors que «neste testemunho de Jordanes, ficando, ainda, o que se queira imputar a ficção narrativa, temos um claro reflexo da disposição jurídica dos visigodos, da sua facilidade para viver o direito dos romanos, que indubitavelmente deviam considerar como muito superior aos seus próprios costumes». E acrescenta: «com isso, ganha-se uma perspectiva que dissipa alguns erros que têm vindo a rodear a questão da personalidade ou territorialidade do direito visigodo. Na realidade, se bem que os visigodos conservassem algumas instituições próprias, de carácter público e especialmente militar, receberam sem resistência o direito privado romano. A sua conversão ao cristianismo, na forma herética ariana que lhes ensinaram os mestres enviados por Valente, ele próprio ariano, assinala a sua recepção do direito romano» [1]. Aliás, continua D'Ors, a notícia dada por S. Isidoro de que, até Eurico, os godos se regiam por costumes, não é atendível: ela é, quanto mais não seja, contrariada pelo conhecimento que temos das leis *teodoricianas*.

Em seguida, passa Alvaro d'Ors à demonstração da *territorialidade* da legislação *pré-euriciana* e *euriciana*.

Afirma D'Ors — referindo-se às *leges Theodoricianae* — que dizendo estas respeito, sem dúvida, à divisão de terras seriam, em consequência, de carácter territorial. No entanto, acrescenta, temos um outro testemunho que nos obriga a supor a territorialidade de tais leis e esse testemunho é o já nosso conhecido passo de uma epístola de Sidónio Apolinário, em que este se queixa de Seronato — «*exaltans Gothis insultansque Romanis* (...) *leges Theodosianas calcans Theodoricianasque proponens*». Ora — diz o mestre espanhol — «este protesto da parte de um galo-romano não poderia explicar-se sem supor que se tratava de aplicar as leis de Teodorico à população romana, em detrimento das leis romanas do Código Teodosiano. Assim, temos um dado

[1] A D'Ors — *La territorialidad*, 106. E conclui: «isto é interessante, pois mostra como não podia haver entre os visigodos qualquer motivo de carácter confessional que impedisse a sua submissão ao direito romano. Ao mesmo tempo dissipa-se o «fantasma» de um direito consuetudinário germânico que teria subsistido contra a influência romana».

positivo de que, pelo menos de facto, as leis Teodoricianas tiveram carácter territorial» [1].

Quanto à territorialidade do *Código de Eurico*, argumenta D'Ors, em primeiro lugar, que quando o rei godo, em 476, promulga o seu Código, está — nesse momento — a desaparecer o Império do Ocidente e que, assim, «nestas circunstâncias políticas de plena independência, um respeito perante um regime jurídico próprio da população romana, se não impossível, torna-se, pelo menos difícil de imaginar. Deste modo, que um rei que se sente poderoso e independente como Eurico empreenda obra legislativa de envergadura para aplicá-la, tão somente, a uns poucos godos e que para tal lei, exclusivamente goda, se nutra de materiais romanos, não parece verosímil» [2].

Seguidamente, analisando o Código de Eurico, declara que certamente «colaboraram na sua confecção pessoas instruídas no direito romano, de nenhum modo uns rudes godos» e que «pelo seu conteúdo, o Código Euriciano se nos apresenta como um monumento de direito romano vulgar, com alguns elementos dependentes do direito público visigodo» [3]: Eurico achar-se-ia «inserto numa tradição jurídica nitidamente romana, post-Teodosiana, sem que esta continuidade fique alterada pelos inevitáveis elementos que reflectem a organização política e militar dos visigodos» [4]. Tudo isto seria favorável à *territorialidade* da legislação euriciana.

E, quanto ao *Breviário de Alarico?* Começa Alvaro D'Ors por afirmar que «a principal dificuldade para admitir que o Breviário de Alarico fosse dado tão só para a população romana está em que uma tal

[1] A. D'Ors — *ob. cit.*, 111-112. E, na nota (68), esclarece: «Deve ter-se em conta, além disso, que a irregularidade do comportamento de Seronato nao consistiria no ter aplicado essas leis godas a romanos, mas sim em ter estendido tais leis fora do território visigodo».

[2] A. D'Ors — *ob. cit.*, 113.

[3] A. D'Ors — *ob. cit.*, 114.

[4] A. D'Ors — *ob. cit.*, 116-117. Em 1960, no referido prefácio que antecede a edição do Código de Eurico, D'Ors corrige a afirmação do sentimento de plena independência do rei godo, assistindo à extinção do Imprério do Ocidente, já que «Eurico, no próprio ano da queda (do Imperio), não podia ter uma ideia tão clara como se pode ter *a posteriori* daquele fim do Império Romano» e que, para ele, «o desaparecimento do Império, era antes de tudo, o desaparecimento do prefeito de Arles, quer dizer um acontecimento regional, e não nacional». É com base nestas considerações que D'Ors vê, agora, Eurico na «necessidade de ocupar o posto do prefeito desaparecido, não do imperador desaparecido» e que, assim, o *Código* é, rigorosamente, um *Edictum* que vem substituir o antigo *Edictum* do prefeito — «não se trata de uma lei germânica e por isso não interveio qualquer assembleia popular, à maneira germânica, mas sim de um edito para as Gálias, só que promulgado por um rei godo» (págs. 6-7).

restrição não podia ser silenciada no *commonitorium*, onde se fala do valor daquela lei» [1].

Todavia, argumentos complementares existiriam, como a participação de godos na assembleia que aprovou o *Breviário*, o ser seu *ordinator* um *comes* godo, Goiarico, e, principalmente, o facto de os termos do *commonitorium* fazerem pressupor a aplicação do *Breviário* a godos e romanos. Assim, lê-se no *commonitorium* — «ut iuxta eius seriem *universa* causarum sopiatur intentio» e «hanc vero preceptionem directis libris iussimus adhaerere ut *universos* ordinationis nostrae et disciplina teneat et poena constringat». Afirma D'Ors que «o termo *universi* parece bastante explícito e amplo para que faça inverosímil a exclusão da população goda» [2]. Além disso — continua o mesmo Autor — a frase inicial do *commonitorium* — «Utilitates populi nostri propitia divinitate tractantes hoc quoque quod in legibus videbatur iniquum meliore deliberatione corrigimus (...)» «ainda que resulte, talvez, menos expressiva e concreta, não deixa, também, de assinalar o valor geral do Breviário, pois era de interesse para o *populus noster*, expressão esta que tanto se pode entender como compreendendo godos e romanos, tanto, em último caso, como abrangendo os godos, mas menos compatível com uma aplicação da nova lei, exclusivamente, a romanos» [3].

Mas — como dissemos — D'Ors, embora aceite a *territorialidade* do *Breviário*, não admite que ele tivesse revogado o *Código de Eurico:* é pois, neste ponto que D'Ors vem ao encontro das ideias de Merêa e se afasta de Garcia Gallo.

Assim, afirma D'Ors que o facto de no *commonitorium* se dizer «*nec aliud cuicumque aut de legibus aut de iure liceat in disceptatione proponere*» e «*in foro tuo nulla alia lex neque iuris formula proferri vel recipi praesumatur*» não «afecta o *edictum* de Eurico, o Código Euriciano, pois é claro que com a antítese *leges-ius* se trata exclusivamente das fontes romanas, de que o Breviário apresentava, já, suficiente selecção. A própria *praescriptio* do *Commonitorium* recolhe esta antítese: «*leges siue species iuris*» e, em seguida, no meio do próprio prólogo: *omnis legum Romanarum et antiqui iuris obscuritas*» [4].

Quanto ao argumento que Garcia Gallo retirava da inserção da *lei de Teudis* no Breviário, D'Ors — como Merêa — não lhe atribui valor,

1 A. D'Ors — *ob. cit.*, 117.
2 A. D'Ors — *ob. cit.*, 117.
3 A. D'Ors — *ob. cit.*, 119.
4 A. D'Ors — *ob. cit.*, 119.

já que considera tal inserção justificada *ratione materiae* e «não porque o Código de Eurico, do qual não sabemos que tratasse de custas processuais, estivesse derrogado pelo Breviário» [1].

Resumindo as suas opiniões, neste ponto, conclui D'Ors que «a compatibilidade, já vista por Merêa, entre o Breviário e o Código de Eurico, ambos com vigência territorial se explica pelo carácter de lei didascálica que distingue o Breviário». Mas, na sua opinião «não se tratava de uma lei «positiva» em sentido estrito, de um novo Código que suplantasse o de Eurico, *mas sim de uma grande obra de carácter geral para a formação dos juízes e ajuda dos mesmos nos casos não previstos pelo Código de Eurico;* quer dizer, o Breviário teve o mesmo carácter didascálico que poucos anos depois ia ter, no oriente, o Digesto de Justiniano, e uns séculos depois — nos meados dos séculos XIII — em Castela, a lei das Partidas, de Afonso X o Sábio» [2]. Este carácter do Breviário é, ainda, reforçado quando afirma, depois, que as suas normas «*eram mais informativas do que imperativas*» [3] e que Recesvindo, com o Código Visigótico, revogara, quer o *Breviário*, quer o *Codex revisus*, «*mas o Breviário, precisamente pelo seu carácter didascálico devia servir ainda para a educação jurídica, não para a prática judicial, como talvez teria introduzido abusivamente o uso*» [4].

Quanto à territorialidade do *codex revisus* não se ocupa muito do problema Alvaro D'Ors, já que, com razão, observa que mesmo os defensores da tese clássica vinham falando de «*certa tendência territorial*», de «*territorialidade de facto*», de «*franca territorialidade*». Mas, também, neste ponto, não concorda com Garcia Gallo quando este autor afirma que o Código de Leovigildo teria revogado o Breviário. Contra esta interpretação, invoca D'Ors o facto de Leovigildo ter revogado expressamente uma lei do Breviário (a que proibe os casamentos mistos), revogação desprovida de sentido se o Breviário tivesse sido, por completo, revogado. Além disso, afirma D'Ors «se Leovigildo tivesse derrogado o Breviário não se compreenderia a derrogação que daquelas mesmas leis romanas, fez Recesvindo» [5], no *Código Visigótico*.

1 A. D'Ors — *ob. cit.*, 120.
2 A. D'Ors — *ob. cit.*, 121.
3 A. D'Ors — *ob. cit.*, 123.
4 A. D'Ors — *ob. cit.*, 124. E afirma, mesmo: «Recesvindo veio, assim, a restaurar a *pureza* da lei didascálica que era o Breviário». Os sublinhados são nossos.
5 A. D'Ors — *ob. cit.*, 123.

5. *A Espanha visigoda (cont.). Problemas relacionados com as fontes de direito: a personalidade ou territorialidade do direito visigodo. Estado actual do problema.*

Há que fazer um balanço crítico do estado actual do problema e afigura-se que sendo a tomada de posição de Alvaro D'Ors, uma das mais recentes e autorizadas, terá interesse, como ponto de partida, o seu exame: até porque — esclareça-se — Paulo Merêa, com a isenção e serenidade que lhe eram características, aceitou o princípio da territorialidade, na construção do Mestre espanhol [1].

Não nos vamos demorar nas considerações de ordem geral enunciadas por D'Ors já porque, segundo pensamos, não têm a pretensão de ser decisivas, já porque, algumas delas, são simples repetição de argumentos, antes invocados por Garcia Gallo.

Examinemos, assim, o argumento retirado do mencionado passo de Jordanes a que — como se viu — D'Ors concede grande importância, em ordem a negar a subsistência de um direito consuetudinário visigodo.

Estamos em crer — com Sánchez-Albornoz — que o passo de Jordanes não tem valor para o apontado efeito [2]. Que se pode, na verdade, extrair da afirmação de que, em 376, prometem os godos ao imperador Valente que viverão as leis deste e se subordinarão ao império do mesmo *(eius legibus viverent, eiusque imperiis)* se lhes forem dadas

[1] Paulo Merêa — *Recensão de Alvaro D'Ors — La territorialidad del derecho de los Visigodos*, in *B.F.D.C.*, Vol. XXXI (1955), 433-437: «Se não se pode dizer que a territorialidade constitua doravante uma verdade inatacável, e pelo menos fora de dúvida que, após a revisão de Alvaro D'Ors, o fiel da balança passa a pender, francamente, para o seu lado» (pág. 427). Também Braga da Cruz — *Aditamentos a Lições*, aceita a posição de D'Ors. Afigura-se-nos que Sanchez-Albonoz in *Pervivencia*, não toma em conta a recensão de Merêa.

[2] Sánchez-Albornoz — *Tradicion y Derecho Visigodos en Léon y Castilla*, in *Cuadernos de Historia de España*, B. Aires, 1959, XXIX-XXX, 244 e segs. e *Pervivencia y Crisis de la Tradicion Juridica Romana en la Espana Goda*. *cits*. Este ultimo artigo constitui a mais vigorosa réplica às ideias de D'Ors, até ao momento publicada. Também G. Vismara — *Edictum Theodorici*, *cit.* (IRMAE) 186-187, nota 608 — ainda que sem referência a D'Ors — formula algumas dúvidas quanto ao pretenso valor decisivo do texto de Jordanes. Segundo Vismara «no interpretar este texto de Jordanes não se deve esquecer que, pelo *privilegium militis* aquelas leis (romanas) consentiam aos bárbaros continuar a viver segundo o seu direito nacional, pelo menos quanto a uma certa esfera de relações, e nada consente supor que os visigodos tenham, então, entendido renunciar a este privilégio quando aceitavam submeter-se aos romanos naquilo que era exigido pela relação de *foederatio*». Admite, porém, «que a disposição para aceitar a fé cristã implicava, também, uma certa disposição para aceitar a civilização romana com muitos dos seus institutos».

terras para cultivo, na Trácia, e na Mésia? Que os visigodos iriam substituir o seu direito consuetudinário, pelo direito romano, ou, antes, que prometiam subordinar-se, politicamente, *à lex* e ao *imperium* de Valente, vivendo, em estado pacífico, dentro do Império? Repare-se, ainda, que esta condicionada promessa surge com a feição de *imediata* possibilidade de cumprimento. Ora, logo no passo seguinte, que já atrás transcrevemos, lê-se — *«et ut fides uberior illis haberetur promittunt se, si doctores linguae suae donaverit, fieri Christianos»*. Isto é: a promessa de conversão ao cristianismo tem, como obstáculo primeiro, a diferença linguística. Poder-se-á, então, admitir — como sucederia na interpretação de D'Ors — que um povo que não pode receber, imediatamente, o cristianismo, porque não conhece o latim, vai, imediata, mecanicamente, «trocar» a sua ordem jurídica pela romana? Afirmar, também, como o faz D'Ors, que a massa comum dos visigodos devia considerar o direito romano muito superior aos seus próprios costumes ou que «a sua conversão ao cristianismo (...) assinala a sua recepção do direito romano» parece-nos investigação pouco convincente [1]. E não se esqueça que a promessa, relatada em Jordanes, se verifica em 376, que, logo em 377, os visigodos se revoltam contra Roma, que até 401 erram pela região balcânica, e entre 401 e 412 pelo solo italiano, sem perderem o carácter de povo nómada e de exército em combate. Não parece, pois, que este condicionalismo fosse de molde a acelerar o desaparecimento do direito consuetudinário godo [2].

Além disso, caberia, sempre dizer que, mesmo a aceitar a inter-

[1] Sánchez-Albornoz — *Tradicion*, 246: «Nada permite suponer que la conversion de los godos al cristianismo les llevase a abandonar sus costumbres juridicas antañonas. Porqué al aceptar la fe cristiana habrian renunciado a su organizacion familiar característica, a las otras peculiaridades de su viejo derecho privado, a su proceso acusatorio y verbal, a sus tribunales colectivos, a sus ordalias del juramiento expurgatorio y del agua caliente, a muchas de sus normas penales y a tantas otras praticas juridicas — la paz de la casa, por ejemplo — que no alzaban contradiccion alguna frente a las doctrinas de la Iglesia de Cristo?» No mesmo sentido, *Pervivencia*, 141-142.

[2] Sánchez-Albornoz — *Tradicion*, 246; *Pervivencia*, 143. Tenha-se, ainda, presente que Orósio *(Adversus paganos*, VII, 43), com fundamento em testemunho de um nobre narbonense, amigo do rei visigodo Ataulfo (410-415), sucessor de Alarico, diz que Ataulfo renunciara ao propósito de substituir a *Romania* pela *Gothia*, após ter podido verificar *«neque Gothos parere ullo modo legibus posse propter effrenatam barbariem, neque reipublicae interdici leges oportere, sine quibus respublica non est respublica»*. (Cfr. Vismara — El *«Edictum Theodorici»*, 80). A este respeito, veja-se Ottorino Bertolini — *«Gothia» e «Romania»* in *I goti in Occidente — Settimane di Studio (Spoleto), III*, 13-33, e J. M. Wallace-Hadrill — *The Long Haired Kings and other studies in Frankisch History*. Londres, 1962, no estudo intitulado *Gothia and Romania*, 25-49.

pretação de Alvaro D'Ors, promessa de receber direito romano, não é receber, efectivamente, esse direito [1].

Passemos ao problema da *territorialidade* das *leis teodoricianas*. A maior dificuldade que, logo, surge é a de que não conhecemos, directamente, o conteúdo dessas leis. Se, na sua quase totalidade, se referiam à divisão de terras entre godos e romanos — como, geralmente, entende a crítica histórica — dúvida não há, então, de que tais leis se aplicavam às duas comunidades, mas, também, não é menos certo que o facto não oferece qualquer contributo para o problema de *territorialidade* ou *personalidade* do direito visigodo. Com efeito, é nulo o argumento a retirar de leis que, pelo seu objecto, têm de ser, necessariamente, aplicadas pelas duas comunidades. Mas, como se viu, D'Ors, comentando o conhecido passo de Sidónio Apolinário, diz achar-se nele o dado positivo de que, «pelo menos de facto as leis teodoricianas tiveram carácter territorial» e, em nota, afirma que «deve ter-se em conta, além disso, que a irregularidade de Seronato não consistia no haver aplicado umas leis godas a romanos, mas sim no haver estendido tais leis fora do território visigótico». Também, neste ponto, nos não parece concludente a argumentação. Com efeito, Sidónio Apolinário — e nesta interpretação concordamos com D'Ors — foca o caso de um romano, Seronato, que, fora do território visigodo, aplica a romanos, direito visigodo. Deste modo, estamos perante uma ilegalidade, um abuso praticado por Seronato, em território romano, mas abuso que nada nos diz sobre se essas leis teodoricianas, em território afecto a domínio visigótico, tinham, ou não, aplicação territorial. Por isso de preferência a dizer que «pelo menos, de facto, as leis teodoricianas tiveram carácter territorial», talvez seja mais correcto afirmar que «pelo menos de facto, *em território romano e por força de abuso*, as leis teodoricianas se aplicaram a cidadãos romanos». O texto de Sidónio Apolinário testemunha o abuso de leis teodoricianas, *em território romano* e não o uso das mesmas leis em *território visigótico*. Pode conceder-se, sem relutância, que esse *abuso* (em território romano) fosse cópia do *uso* (em território visigótico), mas esta conclusão só teria interesse quando se provasse que tais *leges* divergiam das restantes *theodoricianae*, não sendo normas especiais de direito público. Todavia, em vista à compreensão

[1] Sánchez-Albornoz — *Pervivência*, 141. O único aspecto que tem interesse — embora muito genérico — é o de que esta decisão de estabelecimento no território romano, em 376, nas apontadas condições, é fruto de deliberação da maioria do povo godo, e não, apenas, do seu escol político (veja-se E.A. Thompson — *The Visigoths in the time of Ulfila* in *Nottingham Medieval Studies*, V, 1961, 22).

deste problema não se poderá, mesmo, avançar hipótese mais concreta quanto ao conteúdo das *leges theodoricianae* referidas por Sidónio Apolinário? Julgamos que sim. Afigura-se, com efeito, da leitura do passo da *epístola*, que as *leges* aplicadas por Seronato tinham, nomeadamente, carácter *fiscal (conludensque numerariis (...) nova tributa perquirit)*. Ora, se tivermos presente — de acordo com o testemunho da chamada *Vita S. Viviani* — que, segundo parece, o rei visigodo Teodorico II, no seu reino, tributava a propriedade dos romanos [1], parece crível que o abuso fiscal de Seronato fosse, precisamente, o de, no mesmo modo, mas em território romano, estar tributando os proprietários romanos. Mas, aceite-se, ou não, esta hipótese, certo é que as *leges theodoricianae* se referiam, em geral, à divisão de terras entre godos e romanos e a aspectos a ela ligados, e que assim — como se disse — se está perante normas especiais de direito público, que não servem para a discussão do tema que nos ocupa.

Passemos ao *Código de Eurico*. Não nos parece argumento de peso dizer-se «que um rei que se sente poderoso e independente como Eurico empreenda uma obra legislativa de envergadura para aplicá-la, tão somente, a uns poucos godos e que para tal lei, exclusivamente goda, se nutra de materiais romanos». Não valerá a pena insistir no que tem de reversível o argumento da disproporção numérica; e quanto ao Código revelar forte influência romana, o facto — então, para quem, como D'Ors nega a subsistência de qualquer direito consuetudinário — reentra na plena normalidade. Na verdade, a romanização do Código de Eurico tanto pode constituir índice de ser ele destinado, também, à população romana, como um reflexo da própria «romanização» do povo godo. A posterior tendência de D'Ors a considerar o Código de Eurico, não como um *Código*, mas sim como um *Edictum* para as Gálias, substitutivo do antigo *Edictum* do prefeito do pretório, também se não afigura convincente [2]. Ao contrário do que sucede no *Edictum Theodorici*, em que — qualquer que seja o seu autor — há uma expressa qualificação de *edictum*, no Código de Eurico, este não denomina as suas disposições de *edicta*, mas sim de *leges:* recor-

[1] Colhemos a notícia em E.A. Thompson — *The settlement of the barbarians in Southern Gaul* in *Journal of Roman Studies*, XLVI, Londres, 1956, 68, nota (22). Thompson, porém, não tenta relacionar a informação da *Vita S. Viviani* com a questão das *leges theodoricianae*.

[2] Pode ver-se argumentação crítica em G. Vismara — *Fragmenta Gaudenziana (IRMAE)*, Milão, 1968, nota 53, 15-16 que, acertadamente, aponta que «l'accostamento dei poteri d'Eurico a quelli del prefetto al pretorio delle Gallie presuppone in quest'ultimo una *latitudine di poteri, che da nessuna fonte risulta essergli mai stata conferita*».

de-se, nomeadamente, o passo, já citado, em que Eurico diz — «Antiquos vero terminos sic stare iubemus, sicut et bonae memoriae pater noster in *alia lege* precepit». Aqui — e outros passos se poderiam aduzir — Eurico qualifica, com nitidez, a sua norma e a de seu pai como *leges*. *Leges* eram, também, já, as *Theodoricianae* [1].

Note-se, ainda, que se se «romaniza» o Código de Eurico ao ponto de o considerar um *Edictum* — fonte de direito romano — então, dados os termos do «*commonitorium*», acabará por ser difícil defender que o Breviário não revogou o Código de Eurico.

Analise-se, agora, a territorialidade do *Breviário de Alarico*. Não nos parece que possa afirmar-se que a «principal dificuldade para admitir que o Breviário de Alarico fosse dado, apenas, para a população romana, está em que uma tal restrição não poderia ficar silenciada no *commonitorium*, onde se fala do valor daquela lei». Os defensores da tese clássica podem, nesse ponto, tranquilamente, responder que o conteúdo *só* romano do Breviário tornava completamente desnecessária e incongruente qualquer outra referência; aliás, esse carácter *só* romano, estaria, já, suficientemente explicado no *commonitorium*, ao focar-se a antítese *leges-ius*. A participação de godos, na assembleia que aprovou o Breviário, não se nos afigura permitir qualquer ilação; e o facto de o destinatário do Breviário ser um *comes romano*, Timotheus, se alguma presunção pode favorecer, é a contrária. São mais dignos de ponderação os passos do *commonitorium* em que se ordena «ut iuxta eius seriem universa causarum sopiatur intentio» e «hanc vero praeceptionem directis libris adhaerere ut universos ordinationis nostrae et disciplina teneat et poena constringat»; no mesmo sentido, ainda, a frase inicial — «*Utilitates populi nostri* propitia divinitate tractantes (...)». Não são, porém, de modo algum, decisivos em favor da territorialidade. Para explicar essas expressões, bastará — como já o fez Merêa, em resposta a Garcia Gallo — «reconhecer que a medida decretada por Alarico determinando que se não aleguem mais as fontes romanas é, em qualquer hipótese, uma medida de interesse geral, tanto mais que estas fontes eram também utilizadas de facto pelos visigodos» [2].

Passemos, em seguida, ao problema da especial posição do *Breviário*. Como se disse, é neste ponto que D'Ors se afasta de Garcia Gallo, e, na esteira da hipótese de Merêa, vem admitir que o *Breviário* não

[1] Veja-se, também, a crítica de Sánchez-Albornoz — *Pervivencia*, 150-154, nalguns aspectos, excessiva.

[2] Paulo Merêa — *Estudos de direito visigótico*, 204-205.

derrogou o Código de Eurico, proibindo, sim, a aplicação de outras normas de direito romano *(leges* e *ius)* que não fossem os nele compilados. O que parece, desde já, de não aceitar é a posição de D'Ors ao qualificar o *Breviário* como «obra de carácter geral para a *formação dos juizes e ajuda dos mesmos*», ao dizer que «*as suas normas eram mais informativas que imperativas*», e que Recesvindo, com o *Código Visigótico*,revogou quer o *Breviário*, quer o *Codex revisus*», «mas o Breviário, pelo seu carácter didascálico, devia servir, ainda, para a educação jurídica, *não para a prática judicial, como, talvez, teria introduzido abusivamente o uso*». A crítica de Sánchez-Albornoz à posição de D'Ors afigura-se-nos justa [1]. Como é que, na verdade, se podem conciliar essas afirmações com a ameaça de pena de morte — constante do *commonitorium* — dirigida ao *comes* que, no seu foro, observasse outra *lex* ou outro *ius* que não os do *Breviário* [2]? Como se pode, neste contexto, afirmar que a prática, abusivamente, aplicava o Breviário? Como explicar a ordem de inserção da *lei de Teudis* no Breviário?

Não parece, com efeito, que se possa acompanhar D'Ors na «degradação» do valor imperativo do *Breviário*.

Duas palavras, ainda, sobre a *lei de Teudis*. Vimos que D'Ors — seguindo Merêa — explica «*ratione materiae*» a ordem de inserção dessa lei no *Breviário*, e não no *Código:* tratar-se-ia de uma lei relativa a custas processuais, e essa matéria, estaria, apenas, versada no *Breviário*. É esta uma razão muito de ponderar, mas que deixa margem para dúvida.

Em primeiro lugar, é discutível que o *Código de Eurico* se não ocupasse de custas [3], facto que, desde já, debilita muito o argumento «*ratione materiae*». Em segundo lugar — mesmo a admitir-se que,

[1] Sánchez-Albornoz — *Pervivencia*, 165.

[2] Aliás — como reconhece Sánchez-Albornoz — já Garcia Gallo, na discussão que, em Spoleto, se seguiu à leitura do trabalho de D'Ors, pôs em relevo a dificuldade existente em conciliar a ideia de «*lei didascálica*» com o teor do *commonitorium*.

[3] Com efeito, não se pode afirmar, peremptoriamente, que o Código de Eurico não tratasse de custas, já porque, outra lei bárbara, a *Lex Baiuvariorum*, que, normalmente, se considera ter por modelo o *Código de Eurico*, contempla matéria de custas processuais. Por isso, Ureña (*La Legislación gotico-hispana*, 320) afirma ser indubitável que no Código de Eurico existiu uma disposição relativa aos gastos em juízo e o próprio D'Ors que, primeiro, (*La territorialidad*, 120) declarou não sabermos que o Código de Eurico tratasse de custas processuais, afirma, agora (*El Código de Eurico*, 59), ser provável que o Código tivesse uma norma sobre custas, modificada pela *lex Theudis*. Nesta matéria — por vezes, divergindo de D'Ors — consulte-se Jesus Lalinde Abadia — *Los gastos del proceso en el Derecho histórico español* in *A.H.D.E.*, Vol. XXXIV, 1964, 272-283.

apenas, o *Breviário* versasse custas — então, o conteúdo da *lex — a existir necessidade de inserção desta numa das compilações vigentes* — explicaria a sua inclusão no Breviário; porém, o que, afigura-se, fica por justificar é a própria necessidade dessa inserção, é o *porquê* da ordem de Teudis nesse sentido. A simples identidade de matéria não justifica, plenamente, a ordem de *Teudis*.

É chegado o momento de tentar enunciar alguns dados conclusivos, em matéria tão delicada.

Em primeiro lugar, pensamos que a questão da subsistência, ou não, de um direito consuetudinário visigodo, não é essencial para o problema que nos ocupa. Nem a «destruição» desse direito consuetudinário é — como parece querer D'Ors — passo indispensável para a afirmação de tese da *territorialidade*, nem, ao invés, a demonstração de existência de tal direito costumeiro constitui alicerce fundamental para a tese da *personalidade* da legislação visigoda. Com efeito, a *territorialidade* ou *personalidade* da legislação visigoda é problema que se discute no plano da *validade* das normas, e não no da sua *eficácia:* o que importa saber é se os monarcas godos legislavam só para godos, ou para godos e romanos. Por isso, o haver um direito consuetudinário godo não significa que os «romanizados» monarcas visigodos o não pretendessem substituir, ou completar, com uma legislação territorial, única, aplicável às duas comunidades. A subsistência de um direito consuetudinário godo não afecta a problemática da *personalidade* ou *territorialidade* da legislação visigótica.

Interessa precisar um outro aspecto: ainda antes do aparecimento das primeiras *leges theodoricianae*, a existência de um direito consuetudinário não pode querer significar que os godos apenas por ele se regiam. É um facto inegável a romanização progressiva dos godos, e é, também, sabido que um direito costumeiro é, sempre, um direito menos completo, menos preciso, que, posto em contacto com um direito escrito, tende a, por este, ser completado, quando não substituido. Por isso, é plenamente de admitir — e admite-o a doutrina — que os godos se regiam pelo seu direito consuetudinário, funcionando o direito romano como ordem jurídica subsidiária.

Assim, o direito romano — direito *pessoal* de romanos — seria, também, subsidiário de godos.

Este o panorama no momento em que surgem as *leis teodoricianas*. Todavia, como já dissemos, estas leis — leis de direito público ligadas, na sua maioria, segundo parece, à repartição de terras entre godos e romanos — não servem para a discussão do problema que nos ocupa; são leis necessariamente territoriais.

Também, como já sabemos, a maioria da doutrina admite uma

franca territorialidade do *Codex revisus;* deste modo, o fundamental do problema está hoje na discussão do carácter territorial do *Código de Eurico* e da especial posição do *Breviário de Alarico*.

Comecemos pelo *Código de Eurico*. Constitui ponto assente o de que algumas soluções, nele consagradas, se não mostram harmónicas com o direito romano pós-clássico. É na explicação dessas divergências que os historiadores vão divergir. Para os *territorialistas* — com D'Ors à sua frente — essas divergências são, afinal, o resultado último da própria evolução do direito romano, são, ainda, soluções «romanas», de direito vulgar; os defensores da *personalidade*, ao contrário, dizem que tais divergências são, precisamente, a prova de um existente direito pessoal, godo, ainda que romanizado [1]. Não temos a questão suficientemente amadurecida para que possamos arriscar opinião convicta; não escondemos, porém, que, neste clima de dúvida, tendemos, ainda, para a tese clássica, da *personalidade* [2]. Mesmo que se admita que Eurico, no seu Código, modifica ou consagra, quer soluções decorrentes do direito romano, quer constantes de *leges theodoricianae*, este facto não significa que ele esteja legislando com valor territorial; se — como sabemos — o direito romano era, também, aplicado pelos godos, a atitude de Eurico pode, bem, querer traduzir adaptação ou modificação de direito romano, em vista à sua aplicação pessoal a godos.

Há um facto, porém, que parece digno de meditação: o de existirem certas soluções de direito romano — afastadas no *Código de Eurico*, em 476 — que aparecem, de novo, no *Breviário*, em 506. É, nomeadamente, o caso das *doações entre cônjuges* [3], proibidas no *Código Teodosiano*, permitidas no *Código de Eurico* e, de novo, proibidas no *Breviário*.

Este é um facto que parece ser mais explicável pela *personalidade*, que pela *territorialidade*. Na *personalidade*, teríamos uma solução,

---

[1] Neste ponto, Sánchez-Albornoz — *Pervivencia*, 156 e segs.

[2] Além de Sánchez-Albornoz, também agora, E.A. Thompson — *The Goths in Spain*, 58, nota (1) referindo-se à posição de Garcia Gallo e D'Ors, afirma que «*the theory is misconceived*». No entanto, Thompson não fundamenta o seu asserto, nem nos parece que esteja suficientemente informado da bibliografia respeitante ao assunto.

[3] O mesmo se passa, também, com a *insinuatio* das doações, instituto próprio do direito romano pós-clássico, e que desaparece no Código de Eurico. Exigia, na verdade, o direito romano para a validade das doações, acima de um certo valor, o cumprimento de uma forma solene *(professio apud acta)* que devia ser, publicamente, transcrita *(insinuatio)*, por funcionário com poderes notariais. D'Ors explica o desaparecimento da *insinuatio* como sendo uma consequência da extinção das *curias municipais*. Veja-se, porém, a crítica de Sánchez-Albornoz — *Pervivencia*, 157-158.

para romanos, que existia no Código de Teodósio, e que aparece conservada no Breviário, enquanto que solução diferente existia para os godos, regidos pelo Código de Eurico. Na tese da *territorialidade*, teremos de admitir soluções sucessivamente contrárias, em lapso de tempo muito curto.

Deste modo, o papel do Breviário teria sido, efectivamente, o de fixar o direito aplicável à comunidade romana, que, *também*, subsidiariamente, era aplicável a godos. Mas, fundamentalmente, seria uma lei pessoal. Julgamos, aliás, que se o Código de Eurico fosse o direito comum, territorial, e o Breviário simplesmente subsidiário, seria de estranhar o não haver no *commonitorium* uma palavra acerca da sua subsidiaridade, acerca da sua relação com o *Codex Euricianus*. Esse silêncio é mais explicável se o Breviário for uma lei eminentemente pessoal que só, em segunda linha, é subsidiária de uma parte da população. Julgamos, ainda, ser a tese da *personalidade* que melhor explica a ordem de Teudis de inserção da sua lei sobre custas, no Breviário. Vimos já que o argumento *ratione materiae* não parece convincente, em absoluto, quer por não ser líquido que o Código de Eurico não tratasse de custas, quer por não justificar a necessidade de uma ordem real no sentido dessa inserção. Raciocine-se, porém, em termos de *personalidade*. Teudis publica uma lei que — como o seu texto documenta — deseja ver aplicada a godos e romanos. Para a sua aplicação a godos o simples facto da publicação é suficiente, mas para que seja aplicável a romanos, então, nos termos do *commonitorium* — proibição de aplicar outro direito que não o do Breviário — há que ordenar a sua inserção no «*Corpus Theodosianum*», lei pessoal dos romanos [1].

Por outras palavras. A adoptar-se a premissa da personalidade, a inserção da lei de Teudis é normal consequência do texto do *commonitorium;* na tese territorialista — mesmo a admitir-se que o Código de Eurico não tratasse de custas — a ordem de inserção é um supérfluo cuidado sistemático do monarca promulgador [2].

[1] Tendemos, assim, para a explicação de Zeumer — *História*, 72 e de Ureña — *La Legislación*, 322.

[2] Um breve resumo da actual discussão sobre o problema da territorialidade, pode ver-se em Luisa Pelliciari — *Sulla Natura Giuridica dei Rapporti tra Visigoti e Impero Romano al Tempo delle Invasioni del V.º Secolo*, Milão, 1982, 46-50. Não nos foi possível consultar A. Iglesia Ferreirós — *La creación del derecho en el reino visigodo* in *Revista de Historia del Derecho*, 2, *(Volumen homenaje al professor M. Torres López*, I) — 1977-1978, 117-167.

6. *A Espanha visigoda (cont.). Problemas relacionados com as fontes de direito: possível subsistência de um direito consuetudinário visigodo.*

Examinemos, agora, o segundo problema indicado — o de uma possível discrepância entre o direito visigodo, *escrito, legislado*, e o direito visigodo *efectivamente* aplicado.

Durante muito tempo, constituiu afirmação, quase translatícia, a de que, sob o direito visigodo *escrito*, continuara a existir um direito *consuetudinário*, de base germânica, que as populações godas jamais haviam abandonado. A legislação visigoda — fruto de uma elite governante, em que o clero tinha posição cimeira — dominada por influência romanista e eclesiástica, representaria, precisamente, uma tentativa «oficial» de combate contra costumes primitivos de que se encontravam imbuídas as populações. No entanto, simples tentativa, e não mais. Em muitos casos, a legislação visigoda não teria conseguido sobrepor-se às originárias formações consuetudinárias germânicas. Afirmava-se, pois, a existência dum direito consuetudinário visigodo que havia resistido aos esforços reformadores do direito «oficial» [1].

Como se chegava, porém, a esta afirmação? O raciocínio que a permitia era, fundamentalmente, de tipo dedutivo. O historiador, ao observar o direito dos Estados cristãos da Reconquista, era impressionado por dois factos:

— a existência de um sistema jurídico peninsular, dotado de relativa uniformidade;
— o estar esse sistema em notável desacordo com o Código Visigótico, apresentando, sim, semelhanças com o direito germânico, nomeadamente com o nórdico (noruego-islandês) reputado mais puro [2].

[1] Gama Barros — *Historia da Administração Pública*, Tomo I, 54; Hinojosa — *El Elemento Germanico en el Derecho Español*, Madrid, 1915, 9: «La legislación visigoda se habia esforzado en desterrar las costumbres germanicas de derecho civil, penal y procesal que contradecian las ideas del Cristianismo y la soberania del Estado (...) Pero, con frecuencia, fueron ineficaces los esfuerzos reunidos de la Monarquia y de la Iglesia. La *Lex Visigothorum* (...) no llegó a aplicarse en muchos casos. Algunas de sus disposiciones talvez no se observaron jamás; otras lo fueron sólo en donde la fuerza del poder central logró, por distintas causas, afirmarse de una manera sólida: otras rigieron transitoriamente». Veja-se, também, Melicher — *Der Kampf Zwischen Gesetzes und Gewohnheitsrecht im Westgotenreiche*, Weimar, 1930.

[2] Veja-se J. Ficker — *Sobre el intimo parentesco entre el derecho godo hispanico y el noruego-islandico*, trad. esp., Barcelona, 1928. O texto original é de 1888.

Estes factos implicavam os seguintes argumentos:

— se existia, na Reconquista, em toda a península, muitas vezes em regiões culturalmente isoladas, uma similitude de instituições, essa similitude só poderia ter origem na *persistência* de formas jurídicas da época anterior, a visigótica, em que a Espanha constituía uma unidade;
— se essa persistência se não dá a partir do direito *escrito*, contido no *Código Visigótico*, então, ter-se-á dado a partir dum direito *consuetudinário* popular visigodo, muito mais germânico que o «oficial», o que explicaria a semelhança do direito da Reconquista com o direito noruego-islandês [1].

Esta tese da existência de um direito consuetudinário visigodo, diferente do direito escrito, de que o direito da Reconquista seria mera continuação, tem sido, nos últimos tempos, muito combatida. Merêa [2], A. D'Ors — que, como vimos, ironiza sobre a existência do «fantasma» de um direito consuetudinário germânico [3] — e Garcia Gallo [4] têm procurado atacar a tese germanista, fazendo realçar a receptividade que os godos, desde cedo, tinham manifestado em

[1] A síntese desta corrente pode ver-se nas considerações iniciais de Hinojosa — *El elemento germânico, cit.* A sua análise, com escopo crítico, encontra-se, nomeadamente, em Garcia Gallo — *La historiografia juridica contemporanea*, I. *El Derecho germânico y su importancia en la formacion del español*, in *A.H.D.E.*, vol. XXIV, 1954, 608, que acompanhamos, no texto. Do mesmo autor, veja-se, ainda, *Estudios Visigóticos*, I, Prólogo.

[2] Paulo Merêa — *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, prefácio, pág. IX: «Longe de mim o propósito de negar ou menosprezar sistematicamente o contingente germânico na plasmação do direito da Reconquista. Entendo, porém, que não é lícito ao historiador do direito hispânico medieval — sobretudo ao do direito privado — aceitar como dogma a ideia de que este direito é o desenvolvimento puro e simples de um direito germânico (suevo-godo) latente ou virtual». E a seguir — como em nota anterior já se transcreveu — qualifica de aberração «fazer prevalecer sobre o peso insofismável da tradição romana o discutível parentesco com o direito noruego-islandês».

[3] Alvaro D'Ors — *La territorialidad*, 107.

[4] Garcia Gallo — *La historiografia*, 609, criticando a tese germanista, diz: «Resulta asi, que durante siglos de peregrinación, desde que los godos se separaran de los pueblos nórdicos, y durante nueve siglos de estancia en España incluso después de que visigodos e hispanoromanos se hubieron fundido — o más propriamente, de que la minoria racial germanica habia sido absorbida por la población española — estos godos, que habian perdido su religión y su lengua y que se habian romanizado intensamente, conservaron en toda su pureza su viejo derecho». De Garcia Gallo, veja-se, ainda, *El caracter germanico de la Epica y del Derecho en la Edad Media Española*, Madrid, 1955 (separata de *A.H.D.E.*, vol. XXV).

relação à cultura romana, e o que haveria de anómalo no facto de as populações visigodas tudo terem perdido, menos o direito, e mais do que isso — acabarem por o impôr à imensa maioria que era a população hispano-romana [1]. Mas — como, também, já sabemos — a subsistência de um direito consuetudinário visigodo tem, nos nossos dias, entre outros, um defensor da estatura de Sánchez-Albornoz que, com argumentação de muito valor, a vem sustentando [2].

De momento, interessa-nos, principalmente, indicar a existência do problema, já que dele nos voltaremos a ocupar quando, precisamente, estudarmos as *fontes* no primeiro período da História do Direito Português.

7. *A Espanha muçulmana.* Nunca, durante a existência da monarquia visigoda, se logrou alcançar uma perfeita estabilidade política; ainda que várias tenham sido as tentativas de instaurar a *hereditariedade* da coroa, em detrimento da tradicional *electividade* germânica, certo é que esta, no campo dos princípios, se manteve até ao fim do domínio visigótico [3].

Assim, a morte do monarca era prenúncio de mal estar ou guerra civil entre os principais magnates do reino, procurando impor os seus candidatos; acresce que, dentro deste panorama de intranquilidade, o assassínio do monarca reinante era argumento, muitas vezes, utilizado.

Gregório de Tours, na sua *Historia Francorum*, comentando a morte de Teudisclo, dizia: «*Estes visigodos tinham o abominável costume de degolar o rei que não lhes agradava, de espada na mão, substituindo-o por outro*» [4]; e Fredegário qualifica, expressamente, tal hábito de *morbus gothorum*.

[1] Igualmente R. d'Abadal — *A propos du legs visigothique*, tende a aceitar as posições de Garcia Gallo, se bem que reconheça ser este Autor «*mais contundente nas suas argumentações, que nas suas conclusões*».

[2] Sánchez-Albornoz — *Tradición Y Derecho Visigodo, cit.*, e *Pervivencia, cit.*. Também Pérez-Prendez y Muñoz de Arracó — *Apuntes de História del Derecho Español, cits.*, pág. 208, afirma a existência de um direito consuetudinário visigodo «intimamente relacionado con el noruego-islandês».

[3] O tema tem ocupado a atenção da doutrina. Para só citar estudos mais recentes, vejam-se José Orlandis — *La sucesión al trono en la Monarquia Visigoda*, in *Estudios Visigóticos*, III, Roma-Madrid, 1962; Ramón d'Abadal — *La Monarquia en el Regne de Toledo* in *Dels Visigots*, I, 57-67; e Aquilino Iglesia Ferreirós — *Notas en torno a la sucesión al trono en el reino visigodo*, in *A.H.D.E.*, vol. XL, 1970, 654-682.

[4] Gregório de Tours — *Historia Francorum*, 3, 30.

apenas, o *Breviário* versasse custas — então, o conteúdo da *lex — a existir necessidade de inserção desta numa das compilações vigentes* — explicaria a sua inclusão no Breviário; porém, o que, afigura-se, fica por justificar é a própria necessidade dessa inserção, e o *porquê* da ordem de Teudis nesse sentido. A simples identidade de matéria não justifica, plenamente, a ordem de *Teudis*.

É chegado o momento de tentar enunciar alguns dados conclusivos, em matéria tão delicada.

Em primeiro lugar, pensamos que a questão da subsistência, ou não, de um direito consuetudinário visigodo, não é essencial para o problema que nos ocupa. Nem a «destruição» desse direito consuetudinário é — como parece querer D'Ors — passo indispensável para a afirmação de tese da *territorialidade*, nem, ao invés, a demonstração de existência de tal direito costumeiro constitui alicerce fundamental para a tese da *personalidade* da legislação visigoda. Com efeito, a *territorialidade* ou *personalidade* da legislação visigoda é problema que se discute no plano da *validade* das normas, e não no da sua *eficácia:* o que importa saber é se os monarcas godos legislavam só para godos, ou para godos e romanos. Por isso, o haver um direito consuetudinário godo não significa que os «romanizados» monarcas visigodos o não pretendessem substituir, ou completar, com uma legislação territorial, única, aplicável às duas comunidades. A subsistência de um direito consuetudinário godo não afecta a problemática da *personalidade* ou *territorialidade* da legislação visigótica.

Interessa precisar um outro aspecto: ainda antes do aparecimento das primeiras *leges theodoricianae*, a existência de um direito consuetudinário não pode querer significar que os godos apenas por ele se regiam. É um facto inegável a romanização progressiva dos godos, e é, também, sabido que um direito costumeiro é, sempre, um direito menos completo, menos preciso, que, posto em contacto com um direito escrito, tende a, por este, ser completado, quando não substituido. Por isso, é plenamente de admitir — e admite-o a doutrina — que os godos se regiam pelo seu direito consuetudinário, funcionando o direito romano como ordem jurídica subsidiária.

Assim, o direito romano — direito *pessoal* de romanos — seria, também, subsidiário de godos.

Este o panorama no momento em que surgem as *leis teodoricianas*. Todavia, como já dissemos, estas leis — leis de direito público ligadas, na sua maioria, segundo parece, à repartição de terras entre godos e romanos — não servem para a discussão do problema que nos ocupa; são leis necessariamente territoriais.

Também, como já sabemos, a maioria da doutrina admite uma

franca territorialidade do *Codex revisus;* deste modo, o fundamental do problema está hoje na discussão do carácter territorial do *Código de Eurico* e da especial posição do *Breviário de Alarico*.

Comecemos pelo *Código de Eurico*. Constitui ponto assente o de que algumas soluções, nele consagradas, se não mostram harmónicas com o direito romano pós-clássico. É na explicação dessas divergências que os historiadores vão divergir. Para os *territorialistas* — com D'Ors à sua frente — essas divergências são, afinal, o resultado último da própria evolução do direito romano, são, ainda, soluções «romanas», de direito vulgar; os defensores da *personalidade*, ao contrário, dizem que tais divergências são, precisamente, a prova de um existente direito pessoal, godo, ainda que romanizado [1]. Não temos a questão suficientemente amadurecida para que possamos arriscar opinião convicta; não escondemos, porém, que, neste clima de dúvida, tendemos, ainda, para a tese clássica, da *personalidade* [2]. Mesmo que se admita que Eurico, no seu Código, modifica ou consagra, quer soluções decorrentes do direito romano, quer constantes de *leges theodoricianae*, este facto não significa que ele esteja legislando com valor territorial; se — como sabemos — o direito romano era, também, aplicado pelos godos, a atitude de Eurico pode, bem, querer traduzir adaptação ou modificação de direito romano, em vista à sua aplicação pessoal a godos.

Há um facto, porém, que parece digno de meditação: o de existirem certas soluções de direito romano — afastadas no *Código de Eurico*, em 476 — que aparecem, de novo, no *Breviário*, em 506. É, nomeadamente, o caso das *doações entre cônjuges* [3], proibidas no *Código Teodosiano*, permitidas no *Código de Eurico* e, de novo, proibidas no *Breviário*.

Este é um facto que parece ser mais explicável pela *personalidade*, que pela *territorialidade*. Na *personalidade*, teríamos uma solução,

[1] Neste ponto, Sánchez-Albornoz — *Pervivencia*, 156 e segs.

[2] Além de Sanchez-Albornoz, também agora, E.A. Thompson — *The Goths in Spain*, 58, nota (1) referindo-se à posição de Garcia Gallo e D'Ors, afirma que «*the theory is misconceived*». No entanto, Thompson não fundamenta o seu asserto, nem nos parece que esteja suficientemente informado da bibliografia respeitante ao assunto.

[3] O mesmo se passa, também, com a *insinuatio* das doações, instituto próprio do direito romano pos-clássico, e que desaparece no Código de Eurico. Exigia, na verdade, o direito romano para a validade das doações, acima de um certo valor, o cumprimento de uma forma solene (*profession apud acta*) que devia ser, publicamente, transcrita (*insinuatio*), por funcionário com poderes notariais. D'Ors explica o desaparecimento da *insinuatio* como sendo uma consequência da extinção das *curias municipais*. Veja-se, porém, a crítica de Sánchez-Albornoz — *Pervivencia*, 157-158.

para romanos, que existia no Código de Teodósio, e que aparece conservada no Breviário, enquanto que solução diferente existia para os godos, regidos pelo Código de Eurico. Na tese da *territorialidade*, teremos de admitir soluções sucessivamente contrárias, em lapso de tempo muito curto.

Deste modo, o papel do Breviário teria sido, efectivamente, o de fixar o direito aplicável à comunidade romana, que, *também*, subsidiariamente, era aplicável a godos. Mas, fundamentalmente, seria uma lei pessoal. Julgamos, aliás, que se o Código de Eurico fosse o direito comum, territorial, e o Breviário simplesmente subsidiário, seria de estranhar o não haver no *commonitorium* uma palavra acerca da sua subsidiaridade, acerca da sua relação com o *Codex Euricianus*. Esse silêncio é mais explicável se o Breviário for uma lei eminentemente pessoal que só, em segunda linha, é subsidiária de uma parte da população. Julgamos, ainda, ser a tese da *personalidade* que melhor explica a ordem de Teudis de inserção da sua lei sobre custas, no Breviário. Vimos já que o argumento *ratione materiae* não parece convincente, em absoluto, quer por não ser líquido que o Código de Eurico não tratasse de custas, quer por não justificar a necessidade de uma ordem real no sentido dessa inserção. Raciocine-se, porém, em termos de *personalidade*. Teudis publica uma lei que — como o seu texto documenta — deseja ver aplicada a godos e romanos. Para a sua aplicação a godos o simples facto da publicação é suficiente, mas para que seja aplicável a romanos, então, nos termos do *commonitorium* — proibição de aplicar outro direito que não o do Breviário — há que ordenar a sua inserção no «*Corpus Theodosianum*», lei pessoal dos romanos [1].

Por outras palavras. A adoptar-se a premissa da personalidade, a inserção da lei de Teudis é normal consequência do texto do *commonitorium;* na tese territorialista — mesmo a admitir-se que o Código de Eurico não tratasse de custas — a ordem de inserção é um supérfluo cuidado sistemático do monarca promulgador [2].

[1] Tendemos, assim, para a explicação de Zeumer — *História*, 72 e de Ureña — *La Legislación*, 322.

[2] Um breve resumo da actual discussão sobre o problema da territorialidade, pode ver-se em Luisa Pelliciari — *Sulla Natura Giuridica dei Rapporti tra Visigoti e Impero Romano al Tempo delle Invasioni del V.º Secolo*, Milão, 1982, 46-50. Não nos foi possível consultar A. Iglesia Ferreirós — *La creación del derecho en el reino visigodo* in *Revista de Historia del Derecho*, 2, (*Volumen homenaje al professor M. Torres López*, I) — 1977-1978, 117-167.

6. *A Espanha visigoda (cont.). Problemas relacionados com as fontes de direito: possível subsistência de um direito consuetudinário visigodo.*

Examinemos, agora, o segundo problema indicado — o de uma possível discrepância entre o direito visigodo, *escrito, legislado,* e o direito visigodo *efectivamente* aplicado.

Durante muito tempo, constituiu afirmação, quase translatícia, a de que, sob o direito visigodo *escrito,* continuara a existir um direito *consuetudinário,* de base germânica, que as populações godas jamais haviam abandonado. A legislação visigoda — fruto de uma elite governante, em que o clero tinha posição cimeira — dominada por influência romanista e eclesiástica, representaria, precisamente, uma tentativa «oficial» de combate contra costumes primitivos de que se encontravam imbuídas as populações. No entanto, simples tentativa, e não mais. Em muitos casos, a legislação visigoda não teria conseguido sobrepor-se às originárias formações consuetudinárias germânicas. Afirmava-se, pois, a existência dum direito consuetudinário visigodo que havia resistido aos esforços reformadores do direito «oficial» [1].

Como se chegava, porém, a esta afirmação? O raciocínio que a permitia era, fundamentalmente, de tipo dedutivo. O historiador, ao observar o direito dos Estados cristãos da Reconquista, era impressionado por dois factos:

— a existência de um sistema jurídico peninsular, dotado de relativa uniformidade;
— o estar esse sistema em notável desacordo com o Código Visigótico, apresentando, sim, semelhanças com o direito germânico, nomeadamente com o nórdico (noruego-islandês) reputado mais puro [2].

[1] Gama Barros — *Historia da Administração Pública*, Tomo I, 54; Hinojosa — *El Elemento Germanico en el Derecho Español*, Madrid, 1915, 9: «La legislación visigoda se habia esforzado en desterrar las costumbres germanicas de derecho civil, penal y procesal que contradecian las ideas del Cristianismo y la soberania del Estado (...) Pero, con frecuencia, fueron ineficaces los esfuerzos reunidos de la Monarquia y de la Iglesia. La *Lex Visigothorum* (...) no llegó a aplicarse en muchos casos. Algunas de sus disposiciones talvez no se observaron jamás; otras lo fueron sólo en donde la fuerza del poder central logró, por distintas causas, afirmarse de una manera sólida: otras rigieron transitoriamente». Veja-se, também, Melicher — *Der Kampf Zwischen Gesetzes und Gewohnheitsrecht im Westgotenreiche*, Weimar, 1930.

[2] Veja-se J. Ficker — *Sobre el intimo parentesco entre el derecho godo hispanico y el noruego-islandico*, trad. esp., Barcelona, 1928. O texto original é de 1888.

Estes factos implicavam os seguintes argumentos:

— se existia, na Reconquista, em toda a península, muitas vezes em regiões culturalmente isoladas, uma similitude de instituições, essa similitude só poderia ter origem na *persistência* de formas jurídicas da época anterior, a visigótica, em que a Espanha constituía uma unidade;
— se essa persistência se não dá a partir do direito *escrito*, contido no *Código Visigótico*, então, ter-se-á dado a partir dum direito *consuetudinário* popular visigodo, muito mais germânico que o «oficial», o que explicaria a semelhança do direito da Reconquista com o direito noruego-islandês [1].

Esta tese da existência de um direito consuetudinário visigodo, diferente do direito escrito, de que o direito da Reconquista seria mera continuação, tem sido, nos últimos tempos, muito combatida. Merêa [2], A. D'Ors — que, como vimos, ironiza sobre a existência do «fantasma» de um direito consuetudinário germânico [3] — e Garcia Gallo [4] têm procurado atacar a tese germanista, fazendo realçar a receptividade que os godos, desde cedo, tinham manifestado em

[1] A síntese desta corrente pode ver-se nas considerações iniciais de Hinojosa — *El elemento germánico*, *cit.* A sua análise, com escopo crítico, encontra-se, nomeadamente, em Garcia Gallo — *La historiografía jurídica contemporánea*. I. *El Derecho germánico y su importancia en la formación del español*, in *A.H.D.E.*, vol. XXIV, 1954, 608, que acompanhamos, no texto. Do mesmo autor, veja-se, ainda, *Estudios Visigóticos*, I, Prólogo.

[2] Paulo Merêa — *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, prefácio, pag. IX: «Longe de mim o propósito de negar ou menosprezar sistemàticamente o contingente germânico na plasmação do direito da Reconquista. Entendo, porem, que não é lícito ao historiador do direito hispânico medieval — sobretudo ao do direito privado — aceitar como dogma a ideia de que este direito é o desenvolvimento puro e simples de um direito germânico (suevo-godo) latente ou virtual». E a seguir — como em nota anterior já se transcreveu — qualifica de aberração «fazer prevalecer sobre o peso insofismável da tradição romana o discutível parentesco com o direito noruego-islandês».

[3] Alvaro D'Ors — *La territorialidad*, 107

[4] Garcia Gallo — *La historiografía*, 609, criticando a tese germanista, diz: «Resulta así, que durante siglos de peregrinación, desde que los godos se separaran de los pueblos nórdicos, y durante nueve siglos de estancia en España incluso después de que visigodos e hispanoromanos se hubieron fundido — o mas propriamente, de que la minoria racial germanica había sido absorbida por la población española — estos godos, que habian perdido su religión y su lengua y que se habian romanizado intensamente, conservaron en toda su pureza su viejo derecho». De Garcia Gallo, veja-se, ainda, *El caracter germanico de la Epica y del Derecho en la Edad Media Española*, Madrid, 1955 (separata de *A.H.D.E.*, vol. XXV).

relação à cultura romana, e o que haveria de anómalo no facto de as populações visigodas tudo terem perdido, menos o direito, e mais do que isso — acabarem por o impor à imensa maioria que era a população hispano-romana [1]. Mas — como, também, já sabemos — a subsistência de um direito consuetudinário visigodo tem, nos nossos dias, entre outros, um defensor da estatura de Sánchez-Albornoz que, com argumentação de muito valor, a vem sustentando [2].

De momento, interessa-nos, principalmente, indicar a existência do problema, já que dele nos voltaremos a ocupar quando, precisamente, estudarmos as *fontes* no primeiro período da História do Direito Português.

7. *A Espanha muçulmana.* Nunca, durante a existência da monarquia visigoda, se logrou alcançar uma perfeita estabilidade política; ainda que várias tenham sido as tentativas de instaurar a *hereditariedade* da coroa, em detrimento da tradicional *electividade* germânica, certo é que esta, no campo dos princípios, se manteve até ao fim do domínio visigótico [3].

Assim, a morte do monarca era prenúncio de mal estar ou guerra civil entre os principais magnates do reino, procurando impor os seus candidatos; acresce que, dentro deste panorama de intranquilidade, o assassínio do monarca reinante era argumento, muitas vezes, utilizado.

Gregório de Tours, na sua *Historia Francorum*, comentando a morte de Teudiselo, dizia: *«Estes visigodos tinham o abominável costume de degolar o rei que não lhes agradava, de espada na mão, substituindo-o por outro»* [4], e Fredegário qualifica, expressamente, tal hábito de *morbus gothorum*.

[1] Igualmente R. d'Abadal — *A propos du legs visigothique*, tende a aceitar as posições de Garcia Gallo, se bem que reconheça ser este Autor *«mais contundente nas suas argumentações, que nas suas conclusões»*.

[2] Sanchez-Albornoz — *Tradicion Y Derecho Visigodo*, *cit.*, e *Pervivencia*, *cit.*. Também Perez-Prendez y Muñoz de Arraco — *Apuntes de Historia del Derecho Español*, *cits.*, pag. 208, afirma a existência de um direito consuetudinario visigodo «intimamente relacionado con el noruego-islandés».

[3] O tema tem ocupado a atenção da doutrina. Para só citar estudos mais recentes, vejam-se Jose Orlandis — *La sucesion al trono en la Monarquia Visigoda*, in *Estudios Visigoticos*, III, Roma-Madrid, 1962; Ramon d'Abadal — *La Monarquia en el Regne de Toledo* in *Dels Visigots*, I, 57-67; e Aquilino Iglesia Ferreirós — *Notas en torno a la sucesion al trono en el reino visigodo*, in *A.H.D.E.*, vol. XL, 1970, 654-682.

[4] Gregorio de Tours — *Historia Francorum*, 3, 30.

Ao morrer Vitiza, em 710, abriu-se a habitual luta pelo poder[1]. De um lado, os partidarios dos filhos de Vitiza tentando impôr um destes, Akhila, como rei, ou talvez, mesmo, sugerindo a partilha do reino entre eles; do outro, uma facção que propunha o nome de Rodrigo.

Os partidários dos filhos de Vitiza chegam a dar a Akhila o tratamento de rei, e este como tal actua, cunhando moeda em Narbona e Tarragona; porém, em forma regular, verifica-se a eleição de Rodrigo, que vai atacar e vencer a facção de Akhila, alcançando uma aparente submissão.

Interessa, agora, observar o que entretanto se passara em Africa. Aí, já no tempo de Vitiza, a tremenda força expansiva do Islão atingira o confim ocidental africano do norte e estabelecia forte pressão sobre as povoações do estreito. Em Ceuta governava o, pela lenda, chamado «conde D. Julião», figura de contornos históricos muito mal definidos, que, provavelmente, seria um berbere, senhor da tribu católica de Gomera, ligado pessoalmente a Vitiza como *fidelis Regis* ou vassalo[2].

Enquanto Vitiza foi vivo, os auxílios por ele prestados a Julião permitem-lhe resistir ao assédio dos muçulmanos, comandados por Mussa e Tarique. Com as convulsões que em Espanha se seguem à morte de Vitiza, cessa a ajuda a Julião, e este negoceia com Mussa a sua submissão. Ora, ainda antes da eleição de Rodrigo, já, segundo parece, os vitizanos tinham solicitado o apoio de Julião, e até, possivelmente, o do próprio Tarique. Como quer que seja, a posterior aparente submissão dos vitizanos, frente a Rodrigo, devia ter por fonte a certeza de uma próxima intervenção muçulmana.

Assim vai acontecer. Em 711, depois de uma primeira expedição, de carácter explorador, um exército de invasão, comandado por Tarique, passa o estreito e desembarca em Espanha. Rodrigo, que se encontrava no norte, em luta com uma revolta[3], dirige-se para sul, disposto a sair ao caminho do exército de Tarique que, entretanto, recebera reforços, nos quais, segundo parece, se achava Julião. O encontro dos dois exércitos vem a dar-se nas margens do rio

[1] Veja-se, neste ponto, Luis A. Garcia Moreno — *El Fin del Reino Visigodo de Toledo. Decadencia y Catastrofe. Una contribucion a su critica*, Madrid, 1975.

[2] G. de Valdeavellano — *Historia de Espana*, t. I, 361.

[3] São importantes as páginas de Armando Besga Marroquin — *Consideraciones sobre la Situacion Politica de los Pueblos del Norte de Espana durante la Epoca Visigoda del Reino de Toledo*, Bilbau, 1983.

Guadalete. Depois de alguns dias de batalha, a defecção dos irmãos de Vitiza terá apressado o completo desbarato do exército godo: Rodrigo morre no campo de luta e com ele a monarquia visigoda[1]. Uma batalha decidiu a sorte do debilitado Estado.

Mussa e Tarique esquecem o motivo próximo da sua intervenção, e decidem fazer a conquista em nome próprio: em cerca de cinco anos, toda a península — com excepção das terras montanhosas do norte — está submetida ao poder muçulmano[2]. Aos cinco anos de conquista muçulmana vão corresponder mais de setecentos de Reconquista cristã. Assim, durante mais de sete séculos, há uma presença muçulmana na península, presença que, indubitavelmente, influencia as sociedades hispânicas: cristãos há que, até, abandonam o seu credo *(renegados, muledies)*, enquanto outros só na cultura e modo de viver se arabizam *(moçárabes)*. Não se exagere, no entanto, esta influência muçulmana. O muçulmano, nesses séculos de presença, nunca deixou de ser o invasor que urgia repelir. E, para além de invasor, o muçulmano é, ainda, o inimigo religioso: a guerra entre cristãos e muçulmanos é uma guerra religiosa. Tudo isto é factor impeditivo da obra de plena fusão do hispânico com o muçulmano. Deste modo, como diz Sánchez-Albornoz, «la vida de los islamitas peninsulares no se impuso jamás de modo integral sobre la cristiandad española. El impacto de lo arábigo en lo español se produjo en plazos muy concretos de la historia de España, que quedan señalados; se redujo a zonas muy limitadas de la Peninsula, — fué minimo al norte

[1] Sanchez-Albornoz — *Donde y cuando murió Don Rodrigo, ultimo rey de los godos* in *Cuadernos de Historia de España*, III, B. Aires, 1945, 5-105.

[2] Sanchez-Albornoz — *Itinerario de la conquista de España por los musulmanos* in *Cuadernos de Historia de España*, X, B. Aires, 1948, 21-74 e Abilio Barbero e Marcelo Vigil — *El problema de la invasion musulmana* in *La formacion del feudalismo en la Peninsula Iberica*, Barcelona, 1978, 201 e segs.

Este aluir, quase instantâneo, da monarquia goda, levou, inclusivamente, um autor, Ignacio Olagüe, a escrever um livro com o paradoxal título de *Les Arabes n'ont jamais envahi l'Espagne*, Paris, 1969. Aí, defende Olague que não chegou a haver, verdadeiramente, uma invasão, mas sim mero rescaldo de uma guerra civil que, nos godos, teria oposto partidarios do *arianismo* a *cristãos ortodoxos*. Vencedores os primeiros — que negavam a concepção trinitaria dos ortodoxos — a sua conversão ao Islão seria resultado de uma natural e logica evolução. Não teria havido conquista, mas espontânea adesão das sociedades hispânicas ao credo muçulmano. A obra de Olagüe — ainda que não se aceitando a ideia central — contribui, porém, para iluminar certos aspectos que ajudam a compreender a derrocada do império godo.

de la cordillera central y nullo al norte de la cordillera cántabro--astur» [1].

Estas considerações são inteiramente aplicáveis às *fontes de direito*. A sociedade islâmica rege-se pelo seu direito, contido no *Alcorão*, livro santo ditado por Alá, ao seu profeta Maomé [2]; a sociedade cristã--moçárabe, continua a aplicar, nas suas relações, o direito do *Código Visigótico*. São, pois, duas sociedades separadas. Não quer dizer que, por influência moçárabe, se não venha a descobrir um ou outro elemento muçulmano no direito da Reconquista. Esse é, porém, problema que, na devida ocasião, se abordará.

8. *A Reconquista. A criação dos reinos cristãos* [3]. Como se disse, uma batalha determinou a sorte da monarquia visigoda. Os anos que se seguem a 711 assinalam uma expansão muçulmana que, sem resistência, abarca a península, com excepção do território das Astúrias. Aí, na verdade, se refugiam alguns godos insubmissos, e, eleito Pelágio como rei, se hasteia, em 718, a bandeira da rebelião[4]. A batalha de Covadonga, em 722, favorável aos cristãos — ainda que para os muçulmanos não passe de simples revés bélico, de ínfima repercussão — representa para os rebeldes das Astúrias a vitória pela sobrevivência do seu reino [5].

Parece menos exacto dizer-se que, logo de início, a revolta das Astúrias possui um sentido de continuidade ou ressurreição da

[1] Sánchez-Albornoz — *España*, t. I, 197. E, (pág. 198) referindo-se à inter--influência hispano-muçulmana, acrescenta: «*Es el resultado de un simples contacto de culturas. Uno más en la historia de Europa y no de los más eficientes y profundos*». Entre nós, veja-se A. Borges Coelho — *Portugal na Espanha Árabe*, vol. I, Lisboa, 1972 e vols. seguintes.

[2] Para uma síntese das fontes de direito da Espanha muçulmana, veja-se Garcia Gallo — *Manual*, tomo I, 327 e segs.; veja-se, também, Marcello Caetano — *Lições*, (1981), 117-118.

[3] Em perspectiva diferente da comum, veja-se A. Barbero e M. Vigil — *Sobre los Orígenes Sociales de la Reconquista*, cits.

[4] *Chronica Albeldense:* «*Primum in Asturias Pelagius regnavit in Canicas annis XVIII* (...). *Et post quam a Sarrazenis Spania occupata est iste primum contra eos sumsit revellionem in Asturias*».

[5] *Chronica Albeldense:* «Sicque ex tunc reddita est libertas populo christiano. Tunc etiam qui remanserunt gladio de ipsa hoste Sarracenorum in Libana monte ruente iudicio Dei opprimuntur. *Et Asturorum regnum divina providentia exoritur*». A versão muçulmana do acontecimento, em que os factos são minimizados, acha-se no *Nafh al — tib* de Al-Maqquari (o texto pode ver-se em Sánchez-Albornoz — *La España Musulmana según los autores islamitas y cristianos medievales*, Tomo I, B. Aires, 1946, 61-62).

monarquia visigoda, que Pelágio fosse um sucessor de Rodrigo [1]. Cedo, no entanto, segundo parece com Afonso II (791-842), a monarquia astúrica assume um sentido *neo-gótico*, de restauração do reino visigodo [2], e a luta com o muçulmano tomará o aspecto de profética Reconquista [3].

Durou séculos essa *Reconquista*, a ritmo forçosamente desigual, com vária fortuna nos sucessos guerreiros, mas, de um modo geral, sempre sob o signo de progressiva afirmação cristã. A monarquia asturiana sai do seu primitivo reduto, Afonso II passa a capital do seu reino para Oviedo. Depois, com Afonso III, o Magno (866-910) registar-se-á uma época de grande expansão territorial, vindo o reino a ser partilhado pelos seus três filhos: Garcia ficou com *Leão*, Ordonho com a *Galiza e Portugal*, e Fruela com as *Astúrias* [4]. Todavia, em 914,

[1] Sánchez-Albornoz — *Otra vez Guadalete y Covadonga (II. Sobre la fecha de la batalla de Covadonga)*, in *Cuadernos de Historia de España*, I e II, Buenos Aires, 68-114; *Pelayo, antes de Covadonga*, B. Aires, 1955; *España, Un Enigma Historico*, tomo II, 12.

[2] *Chronica Albeldense:* Falando de Afonso II diz que «*Omnemque gotorum ordinem sicut Toleto fuerat, tam in eclesia quam palatio in Obeto cuncta statuit*». Note-se que este sentido *neo-gótico*, próprio da historiografia ástur-leonesa, não parece vir a ser partilhado pela mais antiga historiografia portuguesa, na qual se não faz ligação entre a herança goda e a Reconquista; a presença goda na Península, é, aí, encarada como algo de estranho e caduco. Veja-se o *Chronicon Conimbricense (P.M.H., Script.*, pág. 3): «Era CCC^{a}. X^{a}. VIIII^{a}. *Egressi sunt gothi de terra sua.* Era CCC^{a}. LX^{a}. VI^{a}. Ingressi sunt hispaniam et dominati sunt hispaniam annis CCC^{tis} LXXX^{a} III^{bus} et per annos XVII^{m} pervenerunt in Hispaniam de terra sua (...). Era DCC^{a} XL^{a} VIII^{a} *expulsi sunt Gothi de Hyspania.* Era DCC^{a} L^{a} Sarraceni obtinuerunt Hispaniam. Antequam Domnus Pelagius regnaret Sarraceni regnaverunt in Hispaniam annis V^{e}». Sobre este problema, vejam-se Pierre David — *Études historiques sur la Galice et le Portugal du VIe au XIIe siècle*, Lisboa-Paris, 1947, 257-340; Luis F. Lindley Cintra — *Crónica Geral de Espanha de 1344 — Introdução*, vol. I, Lisboa, 1951, págs. CDXII--CDXIII; Diego Catalan Menéndez Pidal — *De Alfonso X al Conde de Barcelos*, no estudo intitulado *La historiografia en Portugal antes del Conde de Barcelos. Estado de la cuestión*, Madrid, 1962, 207-210; José António Maravall — *El concepto de España en la Edad Media*, Madrid, 1964^{2}, 299 e segs..

[3] *Chronica Albeldense:* «*famalio terrae sarrazeni euocati Spanias occupant. Regnumque gotorum capiunt quod aduc usque ex parte pertinaciter possident et cum eis christiani die noctuque bella iniunt et quotidie confligunt dum predestinatio usque divina dehinc eos expelli crudeliter jubeat*».

[4] Deve dizer-se que muito se discute, na doutrina histórica, a exacta fisionomia dos factos que se passaram à morte de Afonso III. Negando a partilha entre os filhos do monarca, e negando que Fruela tivesse reinado nas Astúrias, veja-se M. Rubén Garcia Alvarez — *Ordoño Adefonsiz, rey de Galicia de 910 a 914 (Noticias y Documentos)* in *Cuadernos de Estudios Gallegos*, Santiago de Compostela, XXI, 1966, num. 63, 5-41 e num. 64, 217-246.

tendo morrido Garcia, Ordonho (depois, Ordonho II) é eleito rei de Leão, e Fruela terá ficado em posição subordinada. Ordonho II transfere a capital do reino para Leão e, daí para o futuro, falar-se-á, apenas, do *reino de Leão*. Não nos interessa, agora, a história dos reinos orientais da península, nomeadamente de *Navarra* e *Aragão*, cujo evoluir não interfere, directamente, com o processo histórico português.

O *reino de Leão*, porém, vai ser matriz dos dois principais reinos do ocidente — *Castela e Portugal* [1].

Castela [2], de início um condado da monarquia leonesa, é, no tempo do Rei de Navarra, Sancho o Maior, anexada àquela coroa. Quando Sancho morre e divide o reino pelos seus filhos, Castela fica a pertencer ao secundogénito, Fernando. Dois anos depois destes acontecimentos, em 1037, Bermudo III, rei de Leão, morre em luta com Fernando, que já se intitulava rei de Castela. Como Bermudo não tem descendência, Fernando, invocando os direitos de sua mulher Sancha, irmã do falecido monarca leonês, proclama os seus direitos à coroa leonesa e vem a ser ungido em Leão, em 1038. Assim, pela primeira vez, com Fernando, cognominado *Magno*, se opera a fusão de *Leão* e *Castela*. A situação não é, todavia, definitiva. Logo à morte de Fernando (1065), se divide o reino pelos três existentes filhos: Sancho, que ficou rei de *Castela* (Sancho II), Afonso, a quem coube *Leão* (Afonso VI), e Garcia, a quem se atribuiu a *Galiza* e o *território portucalense*. Não foram pacíficas as relações entre os filhos de Fernando Magno. Primeiro, Sancho e Afonso aliam-se e destronam Garcia; em seguida, é Sancho que vence Afonso e o obriga a desterro em Toledo. No entanto, o assassinato de Sancho, quando tentava jugular um assomo de rebeldia leonesa, em Zamora, veio deixar só, em campo, Afonso VI que, em 1072, reune de novo os territórios que haviam sido governados por Fernando Magno.

Mas não estava, ainda, consumada a união de Castela e Leão: à morte de Afonso VII (1157), neto de Afonso VI, haveria nova partilha: Leão ficaria para Fernando II e Castela para Sancho III. É só em 1230, com Fernando III, o Santo, que se dá a definitiva absorção de Leão, por Castela.

[1] Em geral, sobre o aparecimento dos vários reinos hispânicos, veja-se a síntese de Menéndez Pidal — *El Imperio Hispánico y los Cinco Reinos*, Madrid, 1950.

[2] Sobre Castela, vejam-se, nomeadamente, Menéndez Pidal — *Caracter originario de Castilla*. Madrid, 1944; Fr. Justo Pérez de Urbel — *Historia del Condado de Castilla*, 3 vols., Madrid, 1945, obra amplamente refundida com o título *El Condado de Castilla*, 3 vols., Madrid, 1969-1970; Sánchez-Albornoz — *España*, vol. II, 387 e segs. e *Afonso III y el particularismo castellano* in *C.H.E.*, XIII, B. Aires, 1950, 19-100.

Examinado o processo político da formação de Castela, resta examinar o modo como se veio a criar o *reino de Portugal*, fruto de um desmembramento de Leão. É o que, a seguir, se fará, não sem que, antes, se aborde um problema de particular importância para a compreensão da *Reconquista* e das épocas posteriores.

9. *A questão do ermamento.* Referindo-se às lutas, com os muçulmanos, do monarca asturiano Afonso I (739-757) diz o Chronicon Sebastiani que «*plurimas Civitates ab eis olim oppressas cepit (...) exceptis castris cum Villis et uiculis suis: omnes quoque Arabes occupatores supradictarum Civitatum interficiens, Christianos secum ad patriam duxit*». Segundo este texto, Afonso I teria, pois, ocupado muitas cidades, castelos e aldeias, matando os árabes que aí habitavam, e levando, consigo, compulsivamente, para as Astúrias, os cristãos [1]. Por sua vez, a *Cronica Albeldense*, aliás ligeiramente anterior à crónica citada, diz, igualmente, que Afonso I — «*campos quos dicunt goticos usque flumen Dorium eremavit*». A única diferença está, assim, em que o texto albeldense circunscreve o *ermamento* ao planalto de Leão, até ao Douro.

[1] Esta interpretação tradicional do texto foi contrariada por A. de Almeida Fernandes *(Do Porto veio Portugal (Séc. IX-XII)* in *O Tripeiro*, Ano III, 1963, 344 e Ano IV, 1964, 21 e segs. e *Arquivo do Alto Minho*, 2.ª Série, Vol. IV, 174) em termos que obtiveram a adesão de António de Sousa Machado *(O Porto Mediévico*, Porto, 1969, 104). Para Almeida Fernandes, a expressão *Christianos secum ad patriam duxit* «não indicará a transferência de parte da população cristã para o norte, mas ao contrário, o seu regresso ao sul, às terras de onde a invasão arábica a fizera fugir aos prédios seus (servilmente ou não) que os Arabes ocuparam — a «pátria», enfim. Efectivamente, para tais populações, a «pátria» não podia ser o norte galaico-asturiano. Eram-no as terras suas, as suas «villas» e paróquias natais, as suas cividades». Não cremos fundada a nova interpretação. No passo, em causa, o *Chronicon Sebastiani* começa por narrar que Afonso I tomou várias cidades, de há tempo oprimidas pelos sarracenos *(plurimas civitates ab eis olim oppressas)*, cidades onde existiam, pois, muçulmanos *opressores* e cristãos *oprimidos;* e, em seguida, vem dizer que Afonso I, matando os árabes que ocupavam essas cidades *(omnes quoque Arabes occupatores supradictaram Civitatum interficiens)* levou consigo para a (sua) pátria, para as Astúrias, os Cristãos. O passo explica, assim, a diferente sorte de mouros e cristãos que habitavam as cidades conquistadas; na redacção *rotense* da crónica, surge, mesmo, um *autem* ainda mais expressivo (Omnes quoque Arabes gladio interficiens, christianos *autem* secum ad patriam ducens). Diga-se, também, que a proceder esta nova interpretação, o passo, em análise, estaria aludindo a uma actividade *repovoadora* de Afonso I; ora, o certo é que a obra de repovoamento do monarca, é, contemplada, sim, precisamente no texto que se segue *(Eo tempore populantur* Primorias, Lebana, Transmera, Supporta, Carranza, Bardulia quae nunc appellatur Castella, et pars maritima Gallaeciae, Burgi). Outros argumentos textuais — como a análise da expressão *patria*, no *Chronicon* — julgamos existirem, mas não podem ser, aqui, examinados.

Alexandre Herculano, comentando estes textos e interpretando-os, literalmente, veio dizer, aludindo ao reino das Astúrias, que «o novo estado, ao passo que se fortalecia com o desenvolvimento artificial da população, *lançava às vezes, em volta de si, como defensa e barreira, uma cinta de desertos*» [1]. Quer dizer que, para Herculano, teria existido um efectivo *ermamento*, uma cinta de desertos, entre as fronteiras cristãs e muçulmanas, ermamento esse que era *estratégico*, uma vez que derivava de intencional política, a isso dirigida.

A tese de Herculano foi combatida por Alberto Sampaio que, analisando numerosos documentos, concluiu ser «absolutamente impossível que *toda a gente desde Lugo até à linha Viseu-Salamanca-Segovia — termo das campanhas d'Afonso I, o acompanhasse ao seu domínio do norte*. Com o rei victorioso emigrariam muitos de boa ou má vontade, mas não o grande número, que fica sempre, quaisquer que sejam as tormentas, retrahido, escondido, na passagem dos exércitos amigos ou inimigos, dando ao paiz a apparencia d'um deserto» [2].

De então até aos nossos dias, transformou-se o problema do *ermamento* numa *vexata quaestio* não faltando, a cada uma das teses, numerosos seguidores [3].

[1] A. Herculano — *História de Portugal*, tomo III, Livro VIII (6.ª ed.), 183.

[2] Alberto Sampaio — *As villas do norte de Portugal*, Porto, 1903, publicado, depois, nos *Estudos Históricos e Económicos*, Porto, 1923, Vol. I, 54.

[3] A favor de Herculano, manifestaram-se Dozy, Gomez Moreno, Barrau-Dihigo, Sánchez-Albornoz, Gonzaga de Azevedo, Prieto Vives, Erdmann, Melon, Fr. Justo Pérez de Urbel, Concha Martinez. Defendendo as ideias de Alberto Sampaio, encontram-se Gama Barros, Mons. J. A. Ferreira, E. Mayer, Damião Peres, Rui de Azevedo, Pierre David, Marcello Caetano, Almeida Fernandes, Avelino da Costa, Lindley Cintra e Orlando Ribeiro. Torquato de Sousa Soares, depois de uma primeira adesão a Sampaio (*Origem das Instituições municipais portuguesas*, Lisboa, 1931, 29-36) evoluiu, ainda que com um ou outro *distinguo*, para a posição de Herculano, influenciado por Sánchez-Albornoz (*Observação I* do tomo IV da *Hist., da Adm. Publi.* de Gama Barros, 371-376). Depois, pareceu estar, de novo, mais perto do Sampaio (*Reflexões*, Prefácio, 22); agora, inclina-se a aceitar, com Sánchez-Albornoz, a tese de um ermamento da bacia do Douro, mas insiste na sua antiga ideia de que o repovoamento se fez, não por galegos, mas por colonizadores procedentes do vale do Mondego (*Contribuição para o estudo das origens do Povo Português*, Sá da Bandeira, 1970, principalmente 164 e segs.). Indicações bibliográficas, mais precisas, podem ver-se em Paulo Merêa — *Algumas palavras sobre Portugal no século IX*, in *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, Ano II, 1934, 253, nota (1); e Avelino da Costa — *O Bispo D. Pedro e a Organização da Diocese de Braga*, Coimbra, 1959, vol. I, 139 e segs.. Veja-se, também, a obra colectiva — *La Reconquista Española y la Repoblación del País*, Saragoça, 1951. Em geral, veja-se, também, a obra de M. Rubén Garcia Alvarez — *Galicia y los Gallegos en la Alta Edad Media*, tomo I, *Demografia*, Santiago, 1975. Recentemente, J. Mattoso procura minimizar o problema apodando-o de «*escolástico*». Cf. *Perspectivas actuais da Investigação e da Síntese na Historiografia Medieval Portuguesa (1128-1383)* in *Revista de História Económica e Social*, 9, Lisboa, 1982, 151. Penso que não tem razão. O problema existe e é importante; o que não pode é substituir a investigação de muitas outras questões.

A tese de Sampaio conheceu uma relativa crise, quando a crítica veio arguir de falsidade alguns dos documentos que constituiam o seu principal sustentáculo. Todavia, ganhou a tese novo vigor, graças às investigações de Pierre David [1]: demonstrou David que, embora aqueles documentos contenham elementos falsos, são, no entanto, reais os factos aí descritos, que fundamentam a negação de um despovoamento [2]. Além disso, David procurou, igualmente, demonstrar que os santos titulares das igrejas, indicados nos documentos anteriores a 1100, eram já santos venerados, antes da invasão muçulmana, o que implicando uma continuidade de culto seria, também, desfavorável à ideia de *ermamento* [3].

No entanto, nos nossos dias, Sánchez-Albornoz continua a ser estrénuo defensor da ideia de um ermamento ou despovoamento de todo o vale do Douro [4], ainda que, no tocante ao território português, assuma, por vezes, posições contraditórias [5].

Nega o historiador espanhol que os documentos existentes possam provar uma sempre contínua existência de população rural, em terras bracarenses; nega que os argumentos de Pierre David, deri-

[1] Pierre David — *Etudes Historiques, cit.*,

[2] Pierre David — *ob. cit.*, 175.

[3] No mesmo sentido, L. Lopez Santos — *Influjo de la vida cristiana en los nombres de pueblos españoles*, Léon, 1952, 155-156. Para o culto anterior à conquista muçulmana, veja-se Carmen Garcia Rodriguez — *El culto de los Santos en la España Romana y Visigoda*, Madrid, 1966.

[4] Sánchez-Albornoz — *España*, tomo II, Cap. XII, n.º 2 — *Despoblación del valle del Duero*, 16 e segs.; também, 420 e segs. O posterior estudo de Sánchez-Albornoz — *La despoblación y la repoblación del valle del Duero*, B. Aires, 1966, constitui, no entanto, a mais desenvolvida defesa da tese do ermamento.

[5] Já o notou Avelino da Costa — *O Bispo D. Pedro*, 143. Assim, a págs. 18 e 20 de *España*, alude a um «*despovoamento menos intenso*» do norte de Portugal, enquanto que, a págs. 420, diz que «*durante o século VIII as terras portuguesas do Douro sofreram o mesmo processo de despovoamento que as outras hispânicas situadas ao norte do grande rio*». Não obstante a posição de Sánchez-Albornoz se radicalizar em *La despoblación*, ainda, aí, há reconhecimento de que a situação portuguesa não é rigorosamente idêntica à dos territórios espanhóis; é o que acontece, nomeadamente, quando afirma acreditar «que no *desertum* do Portugal nortenho *puderam constituir oásis as cidades de maior importância estratégica da região, porque terão, talvez, estado ocupadas pelos muçulmanos até data avançada. Sabemos, pelo menos, que isso ocorreu com a forte praça de Coimbra*». (pág. 252).

vados da Hagiotoponímia, sejam concludentes [1]. Por outro lado — e como demonstração do despovoamento — afirma Sánchez-Albornoz a existência de uma comprovada emigração de cristãos, do território português, para a Galiza [2], no tempo de Afonso I, e de uma posterior intensa repovoação daqueles território, por galegos, no tempo de Afonso III.

A mais fundamentada réplica a Sánchez-Albornoz, pertence a Avelino da Costa [3], que veio confirmar e, noutros pontos, desenvolver, a argumentação de Pierre David.

Avelino da Costa mostra que, mesmo documentalmente, se pode provar a, por Sánchez-Albornoz negada, existência de uma contínua população rural no território bracarense. Além disso, analisando um *Censual* de Braga, do século XI [4], que demonstra haver, nesta época, entre o rio Lima e o Ave, e deste até ao Vizela, uma rede de cerca de 650 paróquias, conclui que esta florescente organização eclesiástica seria inexplicável se, no século VIII, tivesse existido um hiato populacional naqueles territórios [5]. Nunca a repovoação de galegos, do

[1] Sánchez-Albornoz — *España*, 28: «Que en las iglesias de las tierras norteñas del Portugal maritimo, dice Pierre David (...) se veneraron santos a quienes la iglesia hispana rendia culto antes de la repoblación. Pero, podian honrar a otros santos distintos los repobladores llegados del norte? A quiénes podián consagrar las iglesias que fundaran en el sur sino a los santos que estaban habituados a servir, es decir a los santos de la iglesia española premuslim?». A argumentação é repetida a pág. 420.

[2] Baseia-se, em especial, nos estudos de Joseph Piel, indicados in *Despoblación*, 237, nota 94.

[3] A tese de Sánchez-Albornoz foi, também, impugnada por Cruz Hernández na sua comunicação *Los Arabes al norte del Duero*, apresentada no *Congresso Histórico de Portugal Medievo* (Braga, 1959), em que utiliza documentação árabe; foi, ainda, atacada por Menéndez-Pidal — *Dos problemas iniciales relativos a los romances hispânicos*, in *Enciclopedia Linguistica Hispanica*, Tomo I, Madrid, 1959. Em *Los Origenes*, § 92, 441, defendia Pidal a ideia de um «*vasto desierto estratégico*». No entender de Garcia de Cortázar — *Historia de España Alfaguara II — La época medieval* (5.ª ed.) Madrid, 1978, 504, Sánchez-Albornoz «no consigue ahuyentar las dudas suscitadas respecto al tema por Ramón Menéndez Pidal». Também A. Barbero e M. Vigil — *El problema de la invasión musulmana* in *La formación del feudalismo*, 224-228 atacam a posição de Sánchez-Albornoz. Este replicou — *Otra vez a la defensiva. Frente a Vigil y Barbero* in *Estudios Polémicos*, Madrid, 1979, 322-328.

[4] A. de Almeida Fernandes defende ser o *Censual* da primeira metade do século XII (Cfr. *Do Porto veio Portugal — Notas às Origens Portucalenses*, in *O Tripeiro*, VI Série, Ano VIII, N.º 1, Janeiro 1968, Porto, 25, 1.ª col.).

[5] Avelino da Costa — *O Bispo D. Pedro*, 147: «Se, na realidade, o despovoamento do território, que vai do Lima ao Ave e Vizela tivesse atingido as proporções que as fontes narrativas diplomáticas do tempo da Reconquista faziam supor, como era possível que cerca de século e meio depois do início do povoamento de Afonso III, todo este vasto

tempo de Afonso III, poderia ter os miríficos resultados supostos por Sánchez-Albornoz. Também — continua Avelino da Costa — um dos instrumentos característicos desse repovoamento, a *presúria* [1], confirma, igualmente, a tese adversa ao ermamento. Na verdade, por vezes, a *presúria*, o acto de ocupação de terras, fazia-se, na expressão dos documentos, *cum cornu et albende de rege* [2], ou seja, ao som da trombeta e com implantação do estandarte real. Ora, a presúria *cum cornu et albende de rege*, dada a *solenidade* e *publicidade* que lhe é inerente, pareceria destituída de sentido se se realizasse em terras completamente despovoadas [3].

Assim — e com documentação coadjuvante que, aqui, se não pode analisar — termina Avelino da Costa por confirmar a conclusão

território, estivesse não apenas densamente povoado pelas planícies, vales e montanhas, mas até perfeitamente organizado em paróquias? Salvas raríssimas excepções, a elevação dos lugares a paróquias arrasta-se dezenas e dezenas de anos e, portanto, a criação de umas 650 freguesias levaria alguns séculos». Avelino da Costa voltou a ocupar-se da questão em *O problema do despovoamento da Diocese de Braga*, comunicação apresentada ao *Congresso luso-espanhol de estudos medievais*, realizado no Porto, em 1968.

[1] Na prossecução da sua política de repovoamento, Afonso III e os monarcas posteriores vão considerar as terras sem dono, ou tomadas a muçulmanos, como terras susceptíveis de *ocupação* ou *presúria*. Assim, os *presores*, com fins de colonização, fixavam-se nas terras ocupadas e, sobre elas, adquiriam direito de propriedade. Vejam-se Salvador de Moxó — *Repoblación y Sociedad en la España Cristiana Medieval*, Madrid, 1979; I. de la Concha Martinez — *La «Presura»*, in *A.D.E.*, Tomo XIV, Madrid, 1942-43, 383 e segs.; V. Rau — *Sesmarias medievais portuguesas*, Lisboa, 1946, 15 e segs., e de novo I. de la Concha Martinez — *Consecuencias Juridicas Sociales y Economicas de la Reconquista y Repoblación* in *La Reconquista Española*, 207 e segs.. Também, Sérgio da Silva Pinto — *Breves notas sobre presúrias do século IX na terra portugalense: a respeito de Vimara Peres*, Porto, 1968 e a síntese de Armando de Castro s.v. *Presúrias* in *Dicionário de História de Portugal*, vol. III, 485-486.

[2] Veja-se, por exemplo, um documento de 870, in *Port. Mon. Hist., Dip. et Char.*, tomo I, 4 e 5: «(...) Contestamus ad ipsa eclesia illa hereditate per suis terminis *que habuimus de presuria quo preserunt nostros priores cum cornu et cum aluende derege* (...)». De notar — e o facto pode ter a sua importância — que este tipo de presúria — *cum cornu et albende de rege* — parece encontrar-se, apenas, em território português. Cfr. Concha Martinez — *La «Presura»*, 417. Veja-se, também, Joseph Piel — *Duas notas etimológicas: presuria/presura y albende/alvende* in *Anuario de Estudios Medievales*, Tomo VI, Barcelona, 1969.

[3] Avelino da Costa — *O Bispo D. Pedro*, 156; o argumento fora já utilizado por Alberto Sampaio — *As vilas*, 55-56. No entanto, não é de aceitar a ideia de Sampaio (e, segundo parece, de Avelino da Costa) de que o direito de *presúria* se podia sobrepor ao direito dos antigos habitantes cristãos. Veja-se a bibliografia citada por T. de Sousa Soares, na *Observação XII*, a págs. 384, do tomo IV da *História da Administração Pública*, de Gama Barros; ainda, Sérgio da Silva Pinto e Egídio Amorim Guimarães — *A Cúria Régia de Braga de 872 e o Conde Vimara Peres*, Braga, 1968, 9 e segs.

de Pierre David de que no território bracarense, «*ruiu a organização administrativa e militar, mas manteve-se a paroquial e diocesana*», o que implica a não aceitação da tese de um despovoamento total.

Chegado o momento de formular uma síntese final, parece dever ela orientar-se no sentido das ideias contrárias ao ermamento.

Antes de mais, é de assentar em que se não pode falar de um ermamento ou despovoamento de todo o vale do Douro; na margem sul do rio, nomeadamente na zona de Salamanca, a população indígena terá persistido sob a dominação muçulmana [1]. Mas, mesmo quanto aos territórios situados ao norte do Douro, ainda aí — aliás com fundamento na expressão restritiva da *Cronica Albeldense* — se afigura de admitir a tese de que não foi igual o despovoamento da *Meseta Central (Campos Góticos)* e dos territórios portugueses [2]. Nestes

[1] O próprio Sánchez-Albornoz — *España*, Vol. II, 18 afirma que só o norte do Douro se despovoara, integralmente, e que, apenas, tinha «por seguro el vaciamento intensivo de la zona compreendida entre el Duero y la cordillera cântabro — astur y especialmente el de las llanuras de Léon y Castilla que se extienden entre el rio y la sierra mencionados». No mesmo sentido, A. Llorente Maldonado — *Esquema toponimico de la provincia de Salamanca: toponimos prerromanos* in *Acta Salmanticensia — Strenae — Estudios de Filologia e Historia dedicados al Professor Manuel Garcia Blanco* — Tomo XVI, Salamanca, 1962, 309 e segs.: Llorente Maldonado faz destacar a extraordinária difusão, nesta área, do topónimo e substantivo pré-romano *nava* (campo plano, campo plano próximo de montanha) que, aliás, só aqui mantém o valor de substantivo. (Em Portugal, *nava* é raro: regista-se, apenas, um topónimo *Nava* e outro *Navas Frias*. O comum é *nave, naves* só ou com determinativo — *Nave de S.to António, Nave de Haver, Nave Redonda*. Cfr. *Reportório Toponímico de Portugal — Continente*, Serviço Cartográfico do Exército, 1967, vol. II, 280-1).

As conclusões de Llorente, aceites por Manuel Alvar — *El Fuero de Salamanca — Linguistica e Historia*, Granada, 1968, § 2.º, 11, são discutidas, nalguns pontos, por Sánchez-Albornoz — *Despoblación*, 347 e segs., que, no entanto, dá a sua concordância à interpretação do topónimo *nava* (pág. 349).

[2] Nos territórios portugueses, merece, ainda, especial interesse a situação da Terra de Miranda. Com efeito, Menéndez Pidal — *(Dos problemas iniciales*, pág. LII-LIV) considera o dialecto mirandés como uma relíquia da época hispano-romana, conservada por continuidade populacional nessa região, o que seria novo argumento adverso ao ermamento; contra, porém, Herculano de Carvalho — *Porque se fala dialecto leonés em Terra de Miranda?* in *Revista Portuguesa de Filologia*, Vol. 5 (1952), 265-280, artigo reproduzido em *Estudos Linguísticos* — 1.º volume, Lisboa, 1964, 41-60, com uma nota final de resposta a Menéndez Pidal. Herculano de Carvalho admite que o mirandês resulte de intensa colonização leonesa, realizada no século XIII, cujo papel primordial teria sido desempenhado pelos mosteiros de Moreruela e San Martin de Castañeda. Sánchez-Albornoz que, aliás, declara não conhecer directamente o estudo de Herculano de Carvalho, não se pronuncia sobre o fundo da questão, e procura minimizar a conclusão de Pidal dizendo ser claro «que en los enclaves montañosos de la cuenca del Duero algunos insignificantes núcleos humanos, alejados de los caminos normales del

últimos, nunca se terá chegado a um completo ermamento [1]. Parece certo o desaparecimento da organização administrativa e militar e a destruição, em parte, da vida de expressão urbana [2]; parece certo, também, que a invasão muçulmana e os próprios acontecimentos bélicos do tempo de Afonso I determinaram, em geral, e inclusivamente no território português, migrações populacionais, de sul para norte [3]; parece certo, ainda, que com Afonso III e os monarcas que o seguem, se observa intensa colonização que, agora, provoca movimentos migratórios de sentido contrário, de norte para sul [4]. Simplesmente, demonstrar que houve deslocação de cristãos do território portucalense para o norte da Península, não é demonstrar que esse teritório de origem ficou, por completo, despovoado; demonstrar que houve, ao tempo de Afonso III, uma actividade de povoamento do Entre Douro e Minho, não é o mesmo que demonstrar que tal região se achava deserta.

Ora, a toponímia que serve para comprovar a realidade daquelas

tráfico, pudieron perdurar aferrados a las asperezas de los valles serranos, a lo largo de las centurias transcurridas entre las invasiones de los dias de Galieno en el siglo III, hasta las campañas de Alfonso I, en el VIII». *(Despoblación*, 170-171).

[1] Na diferença entre o acontecido na Meseta Central e em Portugal, insiste Sousa Soares (Observação I ao tomo IV da *Hist. da Adm. Publ.*, 371-376). Adere a esse ponto de vista Garcia Gallo — *El caracter germanico*, 34. Poderá, ainda, servir de argumento, o facto, já apontado, de segundo parece, se encontrar a presúria *cum cornu et albende de rege*, apenas, em território português.

[2] Mas, veja-se, agora, o passo de Sánchez-Albornoz, citado na nota (5) da pág. 73 deste livro.

[3] Já Menéndez Pidal — *Origenes del Español*, § 92, 443, apontou a existência de *Coimbrões*, ao pé do Porto. A questão foi retomada por Joseph Piel — *Miscelânea de toponímia peninsular* (1. *Cumbraos, Cumbráns, Coimbrãos, Coimbró*) in *Revista Portuguesa de Filologia*, Vol. IV, Tomo I (1951) 191-203, que apontou o facto de nas províncias de Lugo e da Corunha existirem seis povoações com o nome de *Coimbrãos*, atestando a migração de habitantes de Coimbra, para o norte. Em tempo mais recente, o problema foi analisado, em profundidade, por Pedro Cunha Serra — *Contribuição Topo-Antroponímica para o Estudo do Povoamento do Noroeste Peninsular*, Lisboa, 1967; veja-se o mapa II em que se assinalam os povoadores originários de Coimbra, Córdova, Coria, Mérida, Santarém e Toledo. M. Rubén Garcia Alvarez — *Galicia y los Gallegos*, tomo I, 220, rectifica Piel, dizendo serem nove e não seis, as povoações denominadas *Cumbraos*, nas provincias de Lugo e da Corunha.

[4] Vejam-se as muitas povoações portuguesas denominadas *Galega, Galegas, Galegos, Aldeia Galega*. Denotando origem ásture, encontra-se *Esturãos*, nos territórios de Braga e Vila Real; de proveniência castelhana, *Castelãos*, nos distritos de Vila Real e Bragança, e *Castelões*, nos distritos de Braga, Aveiro, Viseu e Porto; *Meneses*, povoações dos distritos de Vila Real e Porto, mostrará um povoamento por colonizadores do Vale de Mena, ao norte de Burgos. (Cfr. Menéndez Pidal — *Origenes*, § 92, 443).

migrações populacionais, parece servir, igualmente, para combater a tese do ermamento absoluto na região portuguesa.

Com efeito, se bem que Sánchez-Albornoz alicerce as suas conclusões, principalmente nos trabalhos de Joseph Piel, um dos estudos do eruditíssimo mestre germânico vem a ser, afinal, uma inequívoca tomada de posição em favor da ausência de ermamento. Piel demonstra a existência, no território português, de certos topónimos latinos, cuja manutenção apenas se pode justificar por continuidade populacional, desde a dominação romana até à época da Reconquista [1].

Mas, para além destes aspectos de carácter toponímico, há, ainda, a considerar que — conforme observam P. David e Avelino da Costa — a organização paroquial e diocesana se mantém em pleno funcionamento, demonstrando a existência de uma estável população rural, que nunca abandonou as suas terras. Assim, período de confusão, de desordem, de movimentos migratórios de vários sentidos, em que, porém, se não chegou a estabelecer um hiato populacional nas terras a norte do Douro. O interesse desta conclusão está ligado à questão da continuidade que terá existido entre a sociedade anterior

[1] J. M. Piel — *Febros: uma reliquia lexical zoonímica latina* in *Revista de Guimarães*, Vol. LXXVIII, n.os 3-4, Julho-Dezembro, 1968, 327 e segs. Piel analisa onze casos em que a expressão *febro(s)* surge como topónimo ou potamónimo nos distritos do Porto, Viana e Braga, e relaciona tal expressão com o nome vernáculo do *castor* — *Fiber, bri* ou a sua variante tardia *Feber, bri;* daí, infere que os topónimos e potamónimos *febro(s)* se originaram no tempo remoto em que o castor abundava nos rios da Península. Ora, conclui Piel, «não se concebe que se pudesse conservar o nome clássico latino do «castor fiber» em nome de rios e povoações, sem que houvesse continuidade efectiva do povoamento pré-islâmico, anterior, pois, à Reconquista e ao estabelecimento de núcleos de população adventícia». Já se nos afigura menos concludente o estudo de Lindley Cintra — *Áreas lexicais no território português* in *Boletim de Filologia*, Tomo XX (1961) fascs. 3 e 4, Lisboa, 1962, 273-307. Lindley Cintra, partindo da existência no noroeste português de certos tipos lexicais particularmente arcaicos, ligados à vida rural, como *moger* ou *mugir, úbere, anho* (...) vê, aí, uma nova confirmação de ausência de vazio populacional (coincidindo, em parte, nestas observações, ainda que com alguns argumentos próprios, mais fortes, Orlando Ribeiro — *A propósito de áreas lexicais no território português (algumas reflexões acerca do seu condicionamento* in *Boletim de Filologia*, Tomo XXI (1962-1963) fascs. 3 e 4, Lisboa, 1965, 177-205). Não nos parece que, por esta via, se superem as objecções de Sánchez-Albornoz. Na verdade, se o Mestre espanhol defende que o repovoamento da região portucalense foi, quase exclusivamente, efectuado por galegos, e se, como é sabido, a Galiza se caracteriza por formas arcaizantes de linguagem, então sempre se poderá aduzir que os tipos lexicais arcaicos do território português são mero corolário da repovoação galega, e não fruto de continuidade da população. Os estudos de Lindley Cintra e de Orlando Ribeiro podem, agora, ver-se in L. F. Lindley Cintra — *Estudos de Dialectologia Portuguesa*, Lisboa, 1983, respectivamente a págs. 55-94 e 165-199.

à invasão muçulmana e a sociedade do século IX. Se esta fosse uma sociedade inteiramente nova, originada, em absoluto, num repovoamento, então, essa fractura implicaria a negação de uma persistência cultural e, para o efeito que nos interessa, *jurídica*, no território que vem a ser o ponto de partida do futuro Portugal. Mas, como assim não parece ser, mantém-se de pé a ideia de uma *continuidade* jurídica, desde os tempos primitivos.

10. *A concessão da terra portugalense a D. Henrique: sua natureza jurídica.* Já atrás se disse, que, a partir do reino de Leão, se formaram Castela — que acabou por absorver o próprio reino originário — e Portugal. Observámos o processo político da criação de Castela; é, agora, o momento de examinar a fundação de Portugal, começando pelo seu próximo antecedente — *o condado portugalense.*

Apontemos os factos que enquadram a sua constituição [1]. Não há certeza quanto à data em que D. Henrique, neto de Roberto, duque de Borgonha, e sobrinho de D. Constança, segunda mulher de Afonso VI, terá vindo para a península [2]. Porém, em 1096, já D. Henrique está casado com D. Teresa, filha ilegítima de Afonso VI, sendo-lhe atribuída a *terra portugalense*, que tinha, sensivelmente, os limites do território português, de hoje, com excepção da fronteira sul, que acompanharia o Tejo, até perto de Santarém, de onde inflectiria para a zona de Peniche.

A Galiza, fora, entretanto, talvez em 1092, confiada a um primo de Henrique, Raimundo, casado com Urraca, filha legítima de Afonso VI.

[1] Não nos ocupamos dos *condes* que, anteriormente, terão dominado a região portugalense (veja-se, agora, José Mattoso — *As Famílias Condais Portucalenses dos séculos X e XI*, Porto, 1970 e *A Nobreza Portucalense dos séculos IX a XI*, Lisboa, 1970, separata de *Do Tempo e da História*, III), que com outros estudos se podem ver in *A Nobreza Medieval Portuguesa — a família e o poder*, Lisboa 1981. De Mattoso, veja-se ainda *Ricos-Homens, Infanções e Cavaleiros. A nobreza medieval portuguesa nos séculos XI e XII*, Lisboa 1982. Sobre os problemas relacionados com a génese histórica do condado, vejam-se Damião Peres — *Como nasceu Portugal*, Porto, 1967; Paulo Merêa — *De «Portucale» (civitas) ao Portugal de D. Henrique»*, agora, em *História e Direito (Escritos Dispersos)*, Tomo I Coimbra, 1967, 177-214; A. de Almeida Fernandes — *Do Porto veio Portugal* (séc. V-XII), Porto, 1965 e *Portugal no período vimaranense — 868--1128*, in *Revista de Guimarães*, Vol. LXXX, 1970, 319-360 e Vol. LXXXI, 1971, 51-58 (e seguintes); também, *Notas às Origens Portucalenses*, Porto, 1968. — Sobre o *condado*, veja-se o artigo de Torquato de Sousa Soares em *Dicionário de História de Portugal*, s.v. *Condado Portucalense*, 659-661, ainda que nos pareça que, muitas vezes, se afasta, sem suficiente apoio, de opiniões dominantes.

[2] Veja-se M. Defourneaux — *Les Français en Espagne aux XIe et XIIe Siècles*, Paris, 1949, 196 e segs..

Qual, porém, o título jurídico da atribuição da terra portugalense?

A questão é muito debatida, em virtude de penúria documental.

O documento relativo à doação do condado — se é que existiu[1] — não se conhece. Deste modo, só mercê do testemunho de um ou outro documento em que se encontram alusões à situação da terra portugalense ou do Conde D. Henrique, ou, ainda, de indicações provenientes de *crónicas medievais*, se tem procurado reconstituir a caracterização jurídica da doação do condado.

Alexandre Herculano[2], reagindo à tese mais comum no seu tempo — a de que Portugal constituíra o *dote* de D. Teresa — veio sustentar que Afonso VI concedera a D. Henrique, de acordo com os usos da época, o simples governo da terra portugalense, uma mera *tenência, amovível, revogável* em qualquer momento, segundo o arbítrio do monarca. Na verdade, era prática corrente porem os reis leoneses, à frente das *terras, tenentes*[3] da sua confiança, que as governavam enquanto fosse vontade do rei. Ora, segundo Herculano, não existiriam motivos para ver na concessão da terra portugalense, a D. Henrique, um desvio aos critérios políticos, então, aplicáveis.

Admitia Herculano que, em contrário, defendendo a referida ideia de que Portugal formara o dote de D. Teresa, existia o argumento derivado da *Chronica Adephonsi Imperatoris*, na qual, em referência a D. Teresa, se diz — «quam (filiam) rex (...) dedit maritatam Henrrico comiti, et *dotavit* eam magnifice *dans Portugalensem terram jure hereditario*».

Além disso, — reconhecia, ainda, o grande historiador — podia ser aduzido contra a sua tese um documento de 1097. Nesse documento, que contém uma doação feita pelos condes portugalenses a Soeiro Mendes da Maia, lê-se o seguinte: «(...) ut ad tibi vassalo fideli nostro Suario prolis Menendiz, facimus tibi cartam vel comissorium, de *ereditates, vel de omines quos nobis dedit genitori nostro Rex Domnus Adefonso pro nostram ereditatem* (...)»[1].

Como afastava Herculano estes argumentos? Quanto ao texto da *Chronica*, fazia Herculano a sua crítica, começando por observar que a expressão — «*dotavit*» — não poderia estar utilizada em sentido técnico, uma vez que, de acordo com o direito da época, era ao noivo que competia dotar a mulher. Além disso, apontava o facto de não ser de confiança o texto da *Chronica* normalmente citado, e, também, o de ser esta bastante posterior aos acontecimentos. Relativamente à doação a Soeiro Mendes, dizia Herculano que esse documento provava que Afonso VI doara a D. Teresa e a D. Henrique as propriedades da coroa, existentes no território portugalense, mas era de nulo valor para o problema dos poderes políticos atribuídos aos condes[2].

A revisão da tese de Herculano veio a ser feita por Paulo Merêa[3].

Em primeiro lugar, fêz notar Merêa que os próprios textos afastados por Herculano — o passo da *Chronica* e a doação de 1097 — são de molde a criar no historiador a presunção de se estar perante uma concessão do condado, *jure hereditario*.

No entanto, essa presunção, esse princípio de prova, obteria confirmação num outro documento, do ano 1100[4], que se não encontrava publicado ao tempo da *História* de Herculano.

[1] Entendia Paulo Merêa — *A concessão da Terra Portugalense a D. Henrique perante a História Jurídica* (artigo publicado no *A.H.D.E.*, tomo II, 1925 e, depois, nos *Novos Estudos de História do Direito*, Barcelos, 1937, 47 e segs.) ser hipótese mais crível a de existência de tal documento escrito. Não nos repugna, todavia, a hipótese contrária, ajustável à alta estirpe dos intervenientes, e que bem explicaria a imprecisão que, tão cedo, começa a existir, quanto à fisionomia jurídica da concessão da terra portugalense. E que Afonso VI não era avesso a soluções verbais, parece deduzir-se do modo como, segundo as crónicas medievais, concedeu o senhorio da Galiza, ao neto Afonso Raimundes, e, depois, deixou o reino a D. Urraca (Cfr. Ramos y Loscertales — *La sucesión del Rey Alfonso VI*, in *A.H.D.E.*, tomo XIII (1936-1940), 38 e segs.; Damião Peres — *Como nasceu Portugal*, 93-96). Verificamos que, posteriormente, também Merêa tomou uma posição mais dubitativa quanto à existência do documento. Cfr. *História e Direito*, 233.

[2] A. Herculano — *História de Portugal*, tomo I, nota VI, 479; também, a *Carta III* nos *Opúsculos*, Vol. V.

[3] Sobre os *tenentes* — além dos estudos de H. Grassotti e de G. de Valdeavellano, adiante citados — veja-se Nilda Guglielmi — *El «dominus villae» en Castilla y Léon* in *Cuadernos de Historia de España*, XIX, B. Aires, 1953, 62 e segs. e José Maria Lacarra — *«Honores» et «tenencias» en Aragón (XIe siècle)* in *Annales du Midi*, tomo 80, n. 89 Toulouse, 1968.

[1] *P.M.H., Dipl. et Chart.*, I, n.º 864, 512.

[2] Herculano *(História de Portugal*, tomo e ed. *cits.)* quando (pág. 197), primeiro, comenta a expressão *jure hereditario* da *Chronica Adefonsi Imperatoris*, entende, também, que, aqui, tal expressão se refere às *propriedades da coroa*, e não ao *governo* do condado. Já na nota VI (pág. 482), ainda que reafirmando a ideia de *tenência amovível*, admite que aquele passo da *Chronica* «provaria, quando muito, que Afonso VI dera a seu genro, em atenção a D. Teresa, o governo de Portugal para si e seus filhos perpetuamente, visto que a hereditariedade aparece uma ou outra vez nos cargos administrativos».

[3] P. Merêa — *A concessão da Terra Portugalense, cit.*. Quer este artigo, quer os dois posteriores de Merêa, relacionados com o tema — *A concessão da terra portugalense a D. Henrique (A propósito de uma crítica)* e *Ainda a sucessão da terra portugalense* — foram reunidos, com aditamentos, num estudo intitulado *Sobre a concessão da terra portugalense a D. Henrique*, inserto em *História e Direito*, 233-274.

[4] *P. M. H., Dipl. et Chart*, I, n.º 9, 542. Encontra-se, aí com a data de 1099, mas posterior leitura de Merêa revelou ser de 1100.

No documento, o já mencionado Soeiro Mendes, em referência a terras e *honor* recebidas de D. Henrique, diz ter-se isso passado «in tempore Adefonsi Imperatori regnante in civitas Toleti, suo nomine gener verum suus comes Anrichus sedente cum filiam ipsius Imperatori nomine Tarasia et *tenente de illo terra de Portugal pro sua hereditas*».

Depois da invocação deste texto, parece existir muito pouca margem para salvar a tese de que o governo da terra portugalense fora concedido a D. Henrique, como simples *tenência amovível:* as expressões *jure hereditario, pro sua hereditas* confirmariam ter sido *hereditária* a concessão da terra portugalense.

Concessão, porém, de que tipo? Conforme diz Merêa, existiram entre nós duas espécies de concessão, de diversa denominação. «Quando se queria significar que uma terra não era doada, mas simplesmente cedida em usufruto ou «emprestada», empregavam-se expressões tais como «dar — ou receber — em préstamo» (ou «em atondo»). Pelo contrário, as expressões «pro hereditate», «jure hereditario», correspondiam ao alódio franco» [1], isto é, a plena transmissão de domínio sem qualquer reserva.

Ora, considerando que nos reinos cristãos da Reconquista «a doação propriamente dita era a forma que sempre revestiam as concessões hereditárias de bens da coroa» [2], conclui Merêa que, também, a concessão feita a D. Henrique se integrava nessa tendência.

Note-se, porém, que dizer-se ter havido uma doação não significa que nela se não tivessem inserido condições, destinadas a marcar a supremacia do doador, Afonso VI; nomeadamente, segundo parece, o Conde D. Henrique ficava na situação de vassalo, com o dever de ir *ad exercitum et ad curiam* [3], quando disso fosse caso.

[1] P. Merêa — *A concessão*, 53, (*História e Direito*, 241). E continua: «O préstamo peninsular correspondia ao benefício ou feudo franco».

[2] P. Merêa — *A concessão*, 53, (*História e Direito*, 241).

[3] De acordo com o testemunho de Rodrigo de Toledo — *De Rebus Hispaniae*, Lib. VII, cap. V (reimpr. Valencia, 1968, 151), D. Henrique «cum gente sua iuxta mandatum *ad exercitum et ad curiam veniebat* (...)». Na *Crónica de Cinco Reis de Portugal* (ed. Magalhães Basto, Porto, 1945, cap. I, 44-45) a tradição é desenvolvida, dizendo-se ter sido a doação feita «com esta condição que o conde o servisse sempre e fosse a suas cortes e a seus chamamentos e que se acontecesse que o conde (...) D. Henrique, fosse doente e ouvesse tal embargo que não podesse la hir que mandasse hũ dos mais grandes de sua terra a seu seruiço com trezentos de cauallo ca em aquele tpo não auia ai mais e lhe assinou certa terra de Mouros que conquistasse e que tomandoa que acrecentasse em seu condado (...) e não querẽdo o dito conde dom Henrrique fazer o dito tributo qualquer rej de castella podesse tomar a e auer a terra do dito conde com toda a outra que o conde e seus sussessores ganhassẽ aos mouros e fazer della todo o que lhe aprouuesse como de cousa sua propria (...)». Vejam-se, também, *Crónicas dos Sete Primeiros Reis de Portugal* (ed. Silva Tarouca, Vol. I, Lisboa 1952, cap. I, 8), *Crónica Geral de Espanha em Português* (in *Crónica de Cinco Reis*, 340) e Duarte Galvão — *Crónica de D. Afonso Henriques* (ed. José de Bragança, Lisboa, s.d., cap. I, 15).

Assim, na opinião de Paulo Merêa, a concessão da terra portugalense teria sido *uma doação de senhorio, de carácter hereditário, acompanhada de vínculo de vassalagem.* Quanto ao *porquê* dessa doação — afastada, igualmente, a ideia de um dote, em sentido técnico — encontra-o Merêa no desejo de Afonso VI de galardoar o marido de D. Teresa com um senhorio importante: seria, assim, «como um verdadeiro «apanágio» para usarmos um vocábulo de época posterior, mas que exprime perfeitamente a índole e o espírito da concessão feita a D. Henrique» [1].

Pode afirmar-se que, depois do estudo de Merêa, a tese da *concessão hereditária da terra portuguesa* se firmou, com aspectos de definitividade, não tendo, praticamente, suscitado qualquer discussão; outro tanto não aconteceu, porém, com a ideia de o objecto da concessão ter sido uma *doação de senhorio.*

Em primeiro lugar, o historiador belga Verlinden [2] e, depois, Sánchez-Albornoz [3], vieram combater aquela ideia.

Para Verlinden, a concessão seria, sim, *hereditária,* mas de carácter feudal, não tendo dado lugar à constituição de alodialidade. Analisando o documento fundamental de 1100 — em que, como se viu, em referência a D. Henrique, se o qualifica de «*tenente de illo (imperatore) terra de Portugal pro sua hereditas*» — entende Verlinden que a expressão *tenente de illo* é incompatível com a ideia de alodialidade, de domínio pleno [4].

[1] P. Merêa — *A concessão*, 58. (*História e Direito*, 248).

[2] Verlinden — *Quelques aspects de l'histoire de la tenure au Portugal*, extrait des «*Recueils de la Société Jean Bodin*», tomo III, *La tenure*, Bruxelas, 1938, 241-243.

[3] Sánchez-Albornoz — *España*, tomo II, 425 e segs.. Também G. de Valdeavellano — *Historia de España*, tomo II, 378-379, se desvia um pouco de Merêa, dizendo que o senhorio outorgado por Afonso VI a D. Henrique, era uma tenência, mas tenência possuída «como cosa propria y transmisible a sus herederos, no en un mero usufructo, como era el caso del «prestimonio» o beneficio en sentido estricto». Todavia, a posição de Valdeavellano, incidentalmente tomada, sem discussão de textos, não nos parece suficientemente esclarecida.

[4] Verlinden — ob. *cit.*, 234: «Nous croyons pouvoir objecter à cette manière de voir que le texte de 1099, cité plus haut, texte diplomatique d'un autre poids que la Chronique d'Alphonse VII et, de plus, contemporain des événements, dit expressement que Henri «tenait» *(tenente de illo)* du roi la «*terra de Portugal*». Il s'agit donc bel et bien d'un *prestimonium*. Le texte ajoute qu'il est tenu «*pro sua hereditas*». Ce *prestimonium* est héréditaire, c'est un fief analogue à ceux qu'a connus notre moyen âge».

Em resposta, Merêa [1] veio dizer que das duas expressões — *tenente de* e *sua hereditas* — a segunda é que «(...) se deve considerar fundamental e decisiva, não tanto porque nela se manifesta a índole hereditária da concessão, mas sobretudo porque exprime o seu carácter alodial». Na verdade, — continua Merêa — «a expressão *jure hereditario*, e análogas, são invariavelmente empregadas para acentuar que se trata dum verdadeiro direito de propriedade, e não duma posse beneficiária, duma situação que necessariamente implique a existência doutra pessoa, em cujo nome ou de cuja mão a coisa é possuída» [2]. Quanto à expressão *tenere de*, explica-a Merêa pelo facto de, com ela, se querer bem marcar a existente dependência de D. Henrique para com o rei de Leão.

Para Sánchez-Albornoz é inadmissível a ideia de que, a D. Henrique, tivesse sido doado, em propriedade, o senhorio da terra portugalense [3]. E — no juízo do historiador espanhol — a negação desta tese encontra-se no já várias vezes mencionado documento de 1100, aduzido por Merêa. Recordar-se-á, de novo, que nesse documento se diz — «in tempore Adefonsi Imperatori regnante in civitas Toleti, *suo nomine* gener verum suus comes Anrichus sedente cum filiam ipsius Imperatori nomine Tarasia *et tenente de illo terra de Portugal pro sua hereditas*». Ora, Sánchez-Albornoz, comentando o documento, diz que não conhece, nem se lhe afigura que venha a aparecer «un solo texto del que resulte claro que a lo largo de la historia castellano-leonesa y a lo ancho del solar de la monarquia de que Portugal formaba parte *alguien tuvo de otro en su nombre algún bien e algún derecho en plena propriedad*». E acrescenta: «Como avenir juridicamente el pleno dominio con la tenencia nomine alieno? No cabe mayor contradición. Caberia incluso discutir si el *tenente* fué en verdad *possessor*» [4].

Assim, para Sánchez-Albornoz, a concessão da terra portugalense envolveu, não uma doação de senhorio, mas sim uma *tenência hereditária*. A criação desta figura — não comum na península — dever-

[1] P. Merêa — *A concessão da terra portugalense a D. Henrique (A propósito de uma crítica)*, in *A.H.D.E.*, tomo XII (1936-41), 397-401. *(História e Direito*, 249-256).

[2] P. Merêa — *ob. cit.*, 398. *(História e Direito*, 252).

[3] Sánchez-Albornoz — *España*, tomo II, 426: «Merêa ha demonstrado que la cesión de Portugal se hizo, si, a titulo hereditario, pero toda su erudición juridica y su agudeza crítica no han logrado demonstrar que se otorgasse en propriedad la señorial gobernación de todo el país, o lo que es igual, el perpetuo ejercicio de la «*iussio regis*».

[4] Sánchez-Albornoz — *ob. e loc. cits.*.

-se-ia à saturação do reino de Leão por ideias e práticas feudais, que teriam levado a transformar certas tenências em hereditárias [1].

Respondeu Paulo Merêa a estas críticas [2]. Como premissa, coloca Merêa a de que lhe não repugna, em si mesma, a ideia de tenência hereditária, por nada ter de absurda: simplesmente, parece-lhe que ela se não ajusta à lição das fontes que, pelo contrário, encaminhariam para o desenho de verdadeira doação.

Como se viu, Sánchez-Albornoz, na sua análise da escritura de 1100, fazia realçar as expressões «*suo nomine*» e «*tenente de illo*». Merêa não se ocupa, agora, da *segunda*, uma vez que já constituíu objecto da sua réplica a Verlinden. E, quanto à primeira, a expressão «*suo nomine*»? Aí, entende Merêa, «a crítica seria pertinente se devessemos atribuir ao documento em questão uma redacção juridicamente rigorosa, mas está muito longe de ser esse o caso». Efectivamente, continua, «não deve esquecer-se que se trata de um documento particular cujo redactor, sem dúvida pouco preocupado com a natureza do governo exercido por D. Henrique, apenas quis dizer, para fixar a época a que remontavam certos factos, que nessa data, em Leão, reinava Afonso VI e que no território de Portugal, onde esses factos se haviam passado, governavam o conde D. Henrique e sua mulher sob a autoridade daquele. O mesmo que noutra escritura, essa do ano de 1107, se exprimiu, por esta forma: «Regnante rex Alfonsus et *sub eo* principe nostro comite Domnus Anricus» [3]. Este, um primeiro ponto. Em seguida — e após notar que tanto Albornoz como Verlinden se recusam a ligar às palavras *jure hereditario* (ou *pro sua hereditas)* a ideia de alodialidade «que elas indubitavelmente têm nos documentos medievais, nomeadamente nos de Leão e Portugal» — observa Merêa que, actualmente, estando publicados todos os diplomas conhecidos do conde D. Henrique, como senhor da Terra Portugalense, «fácil é verificar que o seu teor é estranho à ideia de tenência».

Assim, logo em Dezembro de 1097, ao confirmar uma doação, diz fazê-lo «consentientibus nostri palatii maioribus *quia in nostro dominio et dicione consistit omnis Portugalensis provincia*»; em 1106, intitula-se «*Portugalensium patrie princeps*», e, geralmente, «*comes*

[1] Sánchez-Albornoz — *ob. cit.*, 427: «no puede sorprender que Alfonso VI concediera a sus yernos, *jure hereditario*, las tenencias de Galicia y Portugal, conforme se otorgaban ya hacía tiempo los feudos ultrapirenaicos».

[2] P. Merêa — *Ainda a concessão da terra portugalense*, in *B.F.D.C.*, vol. XXXIX, 1963, 1-11 *(Historia e Direito*, 256-268).

[3] P. Merêa — *Ainda a concessão*, 4 *(História e Direito*, 260).

Henricus» — «sem nunca fazer qualquer alusão à qualidade de *tenente* de Portugal *em nome* do sogro» [1].

Ora, diz Merêa, frente a estes argumentos «que valor pode ter como prova de que Portugal era uma simples tenência, o facto de em certo documento particular se dizer que o conde D. Henrique governava *sub rege Alfonso* ou até *in suo nomine?*». E, admitindo a possível objecção de que este documento particular é aquele em que se utiliza a expressão *pro sua hereditas* — fundamental para a sua tese — previne-a Merêa, esclarecendo que «a qualquer escriba podiam ocorrer as palavras *sub eo* ou *in suo nomine* para expressar uma relação de subordinação política, mas já não se explica o uso das palavras *pro sua hereditas* se não fosse do conhecimento geral que o senhorio da terra portugalense possuía a característica da alodialidade» [2].

Admite Merêa, no entanto, como facto relevante para a discussão, o de «em alguns diplomas de Afonso VI aparecer a confirmação de «Enricus *portugalensis provinciae comes*», a par da de Raimundus «*Galleciae comes*». Parece-lhe, porém, que este dado não é suficiente para invalidar todas as demais considerações: aquele facto seria simplesmente «indicativo de que cada um dos genros do monarca estava à testa duma extensa província do reino leonês sob o império de Afonso VI», «sem se precisar o que havia de especial na situação do conde D. Henrique». E, — após confessar que se o facto indicado levasse a aceitar o senhorio de D. Henrique, como uma tenência, dever-se-ia entender tal tenência no sentido de Valdeavellano e não no de Sánchez-Albornoz — resume, deste modo, expressivamente, Merêa, a sua posição:

«Assim como Herculano, a propósito da célebre passagem da *Chronica Adephonsi Imperatoris* concedeu que «quando muito» ela provaria que a tenência de Portugal era *hereditária*, assim eu direi que as confirmações paralelas dos dois borgonheses provarão *quando muito* que Henrique possuia como património seu a tenência de Portugal; mas, enquanto Herculano *propendia* para a ideia de tenência amovível, eu propendo para a ideia de senhorio hereditário» [1].

[1] P. Merêa — *ob. cit.*, 5 (*História e Direito*, 261). E acrescenta Merêa que «como pessoa *in cujus dominio consistit Portugalensis provincia*, ele faz doações, outorga cartas de couto, dá forais e até confirma doações dos antigos reis de Leão, como sucede no documento de 1097 e ainda noutros, sendo só duas vezes que o vemos sujeitar estes factos a confirmação de Afonso VI, facto que aliás, como disse noutro lugar, não é incompatível com a qualidade de donatário. A partir de 1101 não volta a aparecer, entre os documentos henriquinos, que nos restam, nenhuma confirmação de Afonso VI».

[2] P. Merêa — *ob. cit.*, 7. (*História e Direito*, 264).

11. *A concessão da terra portugalense a D. Henrique: sua natureza jurídica (cont.). Posição tomada.* É chegado o momento de procurar sistematizar os dados da discussão, tentando, se possível, um juízo. Nesse sentido, um primeiro passo poderá ser o de alinhar algumas reflexões suscitadas pela leitura dos estudos de Sánchez-Albornoz e de Paulo Merêa.

No que diz respeito à tese do historiador espanhol — e sem que nos pronunciemos, agora, quanto à ideia de *tenência hereditária* — diremos, desde já, que temos as maiores dúvidas em aceitar a exegese feita sobre o documento de 1100. Sánchez-Albornoz, como se viu, liga a expressão «*suo nomine*» a «*tenente de illo*» para afirmar que nunca «alguien tuvo de otro en su nombre algún bien o algún derecho en plena propriedad». Ora, segundo nos parece, o documento não permite esta ilação. O que ele diz (e transcrevemos, agora, além do passo normalmente citado, o que logo se lhe segue e se nos afigura de muito interesse) é que «in tempore Adefonsi Imperatori regnante in civitas Toleti *suo nomine* gener verum suus comes Anrichus sedente cum filiam ipsius Imperatori nomine Tarasia et *tenente de illo* terra de Portugal *pro sua hereditas;* et ego Suarius Menendiz sub patrocinio ipsius Comes, tenente de illo honore magna, et terra multa (...)».

Julgamos, na verdade, que *suo nomine* qualifica, apenas, *sedente* e não *tenente de illo;* aliás, *suo nomine tenente de illo*, seria forçadíssima e tautológica construção. Repare-se, ainda, na estrutura do documento em que, sucessiva e paralelamente, se definem as situações do Conde D. Henrique e de Soeiro Mendes. D. Henrique, frente a Afonso VI, no plano pessoal, está *suo nomine sedente;* quanto à terra concedida, é um *tenente de illo* (...) *pro sua hereditas*. Por seu lado, Soeiro Mendes, perante o Conde D. Henrique, no plano pessoal, está *sub patrocinio ipsius Comes;* quanto às terras recebidas, é um *tenente de illo honore magna, et terra multa*. Pensamos, assim, que, qualquer que seja a conclusão a que se chegue quanto ao entendimento da frase *tenente de illo*, não é ela corroborada pela expressão *suo nomine*.

Quanto à argumentação de Paulo Merêa, um ponto existe em relação ao qual colocamos reserva — o tocante ao valor a retirar do exame dos diplomas do Conde D. Henrique, como senhor da terra portugalense, em que, no dizer do ilustre Mestre, fácil é verificar que o «*seu teor é estranho à ideia de tenência*».

[1] P. Merêa — *ob. cit.*, 8-9. (*História e Direito*, 264).

Em justificação, apresenta Merêa — como vimos — a afirmação de D. Henrique, em 1097, de que «*in nostro dominio et dicione* consistit omnis Portugalensis provincia», o dizer-se em 1106, «Portugalensium patrie *princeps*» e o, normalmente, intitular-se, apenas, «*comes Henricus*», «*sem nunca fazer qualquer alusão à qualidade de tenente de Portugal, em nome do sogro*».

Confessamos as nossas dúvidas nesta matéria. Com efeito, serão estes factos estranhos à ideia de tenência? Inclinamo-nos para a negativa. Se, na verdade, *conde, comes*, no seu significado mais usual é sinónimo de governador de terra, de distrito — é um *tenens terram* — e se, também, na prática constitucional do tempo, o *comes* tem a terra, precariamente, em nome do rei, poder-se-á concluir que a simples invocação do título de *comes* é estranha à ideia de tenência? Parece que não: o *comes* é um *tenens* e o *tenens* tem *em nome de*. Nem, segundo julgamos, é rara, no panorama peninsular, a invocação isolada, por parte de *tenentes*, do título de *comes*.

No que diz respeito às frases «in nostro dominio et dicione» e «Portugalensium patrie princeps», igualmente se afigura não serem estranhas à ideia de tenência. Melhor que ninguém sabia Paulo Merêa que tais expressões de significado genérico, inculcam apenas exercício de poder, sendo compatíveis com diferentes qualificações do seu agente — *rex, comes* ou outra.

Mesmo, porém, que se aceitasse a proposição de que o teor dos diplomas de D. Henrique, relativos ao governo da terra portugalense, era estranho à ideia de tenência, afigura-se-nos que, ainda assim, o argumento daí tirado não era inquestionável.

Como primeiro aspecto a ponderar está o de que os títulos usados por D. Henrique representam qualificações dadas, *por ele próprio*, à sua posição: são, pois, sempre, um testemunho de parte interessada, em relação ao qual parece legítimo um juízo de suspeita. Aqueles títulos tanto podem reflectir a exacta natureza jurídica da concessão da terra portugalense, como ser, apenas, manifestação de abuso, por parte do Conde [1]. E quando a historiografia medieval nos diz que o Conde Henrique, frente a Afonso VI, ainda que fosse um varão bom,

[1] Pensamos — qualquer que seja a tese a perfilhar — que, sempre, se terá de considerar abusivo o seguinte título — «Ego Henricus *Dei gratia* comes et totjus Portugalensie dominus» (*D. R.* doc. 15, de 29 de Julho de 1109): o doc. é cerca de um mês posterior à morte de Afonso VI. Note-se, no entanto, que já, em 31 de Março de 1108, se intitulara — «Ego comes Henricus humilis christi famulus *gratia Dei* in sublimitatis culmine electus et ejus misericordia magne dignitatis gloria et honore sublimatus» (*D. R.* doc. 13). Diga-se, incidentalmente, que este texto é curioso pelo uso da expressão *honore sublimatus*, que parece contrariar a afirmação de Sánchez-Albornoz de que tal expressão se não encontra em qualquer crónica ou documento do século IX em diante (Sánchez-Albornoz — *Un Misterioso Cronicón del Siglo VIII*, in *Investigaciones sobre Historiografia Hispana Medieval (Siglos VIII al XII)*, B. Aires, 1967, 168).

justo, animoso, temente a Deus, «*coepit aliquâtulum rebelare* (...) *sibi iam specialem vendicans principatum*» [1], mais ainda recresce a hesitação quanto ao valor abonatório daqueles documentos.

Nesta premissa, igualmente confessamos que, em certa medida, mais que os documentos régios, nos interessam os documentos particulares em que se façam referências ao Conde e à terra portugalense: em princípio, estes documentos representam testemunho de terceiros e não de parte interessada. Por isso, julgamos significativos documentos particulares, como o de 21 de Junho de 1104 (*D. P.*, doc. 167) onde se lê «Regnante domnus Adefonsus rex in Toleto *et comite Henrico tenente terram portugalensem* (...) [2] ou o de 21 de Agosto de 1105 (*D. P.*, doc. 197, *Liber Fidei*, doc. 230) em que se diz «Regnante rege Adefonso in civitate Toleto *et duce Henrico Portugalensem tenente et Reimundo duce Galliciam mandante*».

Mas, volvamos, de novo, a atenção para o tantas vezes citado documento de 1100 e para a expressão «*tenente de illo terra de Portugal pro sua hereditas*». Como a seu tempo se observou, o argumento básico de Merêa, na análise do texto, é o de que, das duas expressões — *tenente de illo* e *pro sua hereditas* — a segunda é a fundamental «não tanto porque nela se manifesta a índole hereditária da concessão, mas sobretudo porque exprime o seu carácter alodial»; só ela teria um sentido técnico, rigoroso, o de definir a existência de um verdadeiro direito de propriedade, e, por isso, a frase *tenente de illo*, não técnica, pouco precisa, deveria ser explicada em função do significado de *pro sua hereditas*.

Vamos tentar expor — sempre com o grande respeito que nos merecem as opiniões de Merêa — as dúvidas que, também neste aspecto, professamos.

Em primeiro lugar, estamos em crer que as expressões *tenere, tenere de*, possuem, nesta época, tendencialmente, um *sentido técnico*. Elas aplicam-se a situações, geradas no âmbito do direito privado ou público, em que, sobre uma coisa se cria uma *posse, geralmente*

[1] Rodrigo de Toledo — *De rebus Hispaniae, loc. cit.*.

[2] Não atribuindo importância ao facto, Paulo Merêa — *Sobre a concessão* in *História e Direito*, 254.

temporária ou vitalícia, posse essa que se não fundamenta no direito de propriedade [1].

Não menos certo é, também, que as terras havidas em plena propriedade, se dizem *pro sua hereditas*, de *iure hereditario*.

Exemplo bem característico do que se acaba de dizer é o conhecido passo da *Crónica do Cid*, no qual, narrando-se as injustas medidas tomadas por Afonso VI contra o Campeador, se afirma que «motus et accensus ira maxima statim ei auferre castella, villas et omnem honorem quem de *illo tenebat*. Necnon mandavit intrare *suam propriam hereditatem*» [2].

Temos, assim, que as terras que «*de illo (imperator) tenebat*» eram terras não alodiais, não havidas em plena propriedade, terras em regime precário; a «*sua hereditas*» era formada pelas terras que, ao contrário, eram alodiais.

Após estas considerações preliminares, passemos à análise do texto de 1100, nomeadamente da expressão — *tenente de illo* (...) *pro sua hereditas*. Pensamos que para se esclarecer a aparente anomalia que a expressão encerra, é melhor caminho não o de, isoladamente, discutir cada uma das frases que a compõem, nem *a priori* atribuir um sentido preferencial a uma delas, mas sim o de tentar descortinar as possíveis realidades institucionais jurídico-políticas que estariam por detrás daquela expressão, e ver a qual melhor se ajusta.

Dado que a tenência *amovível* ou *vitalícia* parece, decididamente, estar fora de discussão, consideramos, apenas, a possibilidade de *senhorio hereditário* e de *tenência hereditária*.

Ora, afigura-se-nos que a expressão «*tenente de illo* (...) *pro sua hereditas*» não se ajusta, correctamente, à ideia de *senhorio hereditário*. Para se chegar a essa ideia tem, sem dúvida, de se forçar o sentido de *tenente de*, nesta época. Quando Merêa nos diz que a expressão *tenere de*, não exclui, *necessariamente*, o carácter alodial da concessão, contém esta afirmação implícito reconhecimento de que aquelas palavras retratam mal a existência de senhorio hereditário. Mas parece-nos que, além disso, há motivos coadjuvantes que levam a aceitar que a expressão *tenente de* está utilizada, no documento de 1100, no seu sentido normal. Na verdade, não pode esquecer-se que, nesse mesmo documento, Soeiro Mendes é qualificado como «*tenente de illo honore magna et terra multa*», e que, em relação a Gonçalo Pais, meirinho posto por Soeiro Mendes à frente da terra de Penafiel e Faria, se diz que a «*tenuit* multis temporibus» [1]: ora, se é indubitável que a posse do meirinho (traduzida pelo verbo *tenere*) se não funda em direito alodial, parece-nos igualmente bem mais certo, de acordo com as realidades da época e o significado das palavras, que a situação de Soeiro Mendes é de mera *tenência* [2]. E não se afigura lógico que a expressão *tenente de* tenha um significado, quando aplicada a Soeiro Mendes, e diferente, quando usada em relação ao Conde D. Henrique.

Após termos colocado reservas à ideia de *senhorio hereditário*, interessa-nos, agora, a outra hipótese de trabalho — a de *tenência hereditária*. Já sabemos que, em princípio, as tenências são *amovíveis* — ou *vitalícias* [3]. Admitamos que, num dado momento, se chega à

[1] Em muitos casos, verifica-se uma contraposição entre *habere* (direito de propriedade) e *tenere* (posse não fundada em propriedade). Veja-se, por exemplo, *D. P.*, doc. 408: «(...) Do atque concedo ad ipsum locum sanctum hereditatem meam propriam quam *habeo* de mea ganantia (...) *Teneam* ego illum casalem in uita mea (...)». Com a mesma contraposição *habere-tenere*, vejam-se *D. P.*, docs. 128, 188, 210, 237, 262, 320, 345, 371, 384, 400, 458, 516, 518. Não fazendo aquela contraposição, mas utilizando *tenere* no mesmo sentido, vejam-se docs. 241, 245, 331. Num ou noutro caso, também *habere* designa direito diferente de propriedade (v. g. docs. 411, 508). O contrário — *tenere* a significar propriedade plena — julgamos ser excepcional. Parece-nos, aliás, que Merêa aceita que os textos em que, sem dúvida, *ter de* abrangem terras em propriedade plena, são muito posteriores. Já Gama Barros intuíra esta distinção entre *habere* e *tenere*, ao escrever nos seus apontamentos que — «Nos nossos documentos *habere* envolve a ideia de propriedade: *tenere* a de usufruto» (Cfr. *Notas de Gama Barros ao Elucidário*, publicadas por Luís Afonso Ferreira in *Rev. Port. História*, Tomo IV, Coimbra, 1949, CVII).

[2] Gama Barros — *História*, t. IV, 241, nota (3).

[1] «(...) et in ipsa honore misit Gunsalvo Palagis pro meo maiorino, in terra de Pennafiel, et de Faria, et *tenuit* illa multis temporibus (...) et quando venit ille ad die hacto pro exire de illa terra (...)».

[2] No entanto, Gama Barros — *História*, t. XI, 82, diz não perceber «se as terras eram propriedade de Soeiro ou se elle exercia ahi jurisdição como delegado do Conde», e nota que idênticas dúvidas as teve já o editor dos P.M.H. Não apresenta, porém, Gama Barros os motivos da sua dúvida. Permitimo-nos acrescentar que, no documento, em questão, sempre que se faz referência, sem margem de discussão, a propriedade plena, se fala de «*abere*», «*ereditas et abere*».

[3] E discutível a existência de *tenências temporárias*, por certo tempo. Negando tal tipo de tenências, veja-se Hilda Grassotti — *Apostillas a «El Prestimonio» de Valdeavellano* (...)» in *Cuadernos de Historia de España*, XXIX-XXX, B. Aires, 1959, 193 e segs., e *Las Instituciones Feudo-Vassalláticas en Léon y Castilla*, Tomo II, *La Recompensa Vassallática*, Spoleto, 1969, 638 e segs. Admitindo-o, G. de Valdeavellano — *Las instituciones feudales en España* (apêndice à trad. espanhola de Ganshof — *El feudalismo*, Barcelona, 1963, 265-266), tentando demonstrar que, pelo menos no início do século XIV, haveria testemunho documental de *tenência temporaria*. H. Grassotti voltou, depois, ao assunto, continuando a negar a existência de *tenência temporária* e dizendo — com apoio em Santos Díez — que o documento aduzido por G. de Valdeavellano não respeita

ideia de *tenência hereditária* (ensina-nos, aliás, Merêa que a ideia nada tem, em si mesma, de absurdo, e que não a aceita, no caso presente, apenas por se não ajustar à lição das fontes).

A ser assim, se aceitarmos a hipótese de o Conde D. Henrique ter sido privilegiado com uma *tenência hereditária*, parece-nos que, a esta solução, se adapta, perfeitamente, a expressão — *tenente de illo terra de Portugal pro sua hereditas*. Talvez mesmo se possa observar que, com dificuldade, por outro modo se poderia exprimir que se tratava de *tenência transmissível hereditariamente*, e não de comum *tenência*.

Neste contexto, a terminologia do documento de 1100 seria bem explicável. Soeiro Mendes — *tenente de illo honore magna, et terra multa* — é um simples e normal *tenente;* D. Henrique — *tenente de illo terra de Portugal pro sua hereditas* — é, permita-se a expressão, embora incorrecta, um *tenente hereditário*.

Deste modo, na nossa maneira de ver, enquanto que a frase analisada reflecte mal a existência de *senhorio hereditário*, adapta-se, pelo contrário, com justeza, à ideia de *tenência hereditária*.

A estranheza que parece haver na simultânea presença de *tenente de* e *pro sua hereditas* é, afinal, a que resulta de ser a *tenência hereditária*, uma figura, em certa medida anómala, ainda que historicamente, bem explicável na sua génese. Note-se, porém, que a ideia de alodialidade que encerra, no comum dos casos, a expressão *pro sua hereditas* não surge violentada. Normalmente, *o tenere de* implica uma precaridade de duplo sentido. Precaridade, porque se não tem o *dominium*, a propriedade plena, mas posse fundada em diferente direito; precaridade, ainda, porque o direito do *tenens*, sujeito ao arbítrio do *dominus* ou vitalício, não é transmissível hereditariamente. Na hipótese de *tenência hereditária*, subsiste o primeiro aspecto não se tem o *dominium*, a propriedade plena — mas vai desaparecer o segundo — o direito de «ter» *nomine alieno* é transmissível hereditariamente. Neste aspecto, pode dizer-se que o direito de *«ter de»* é alodial e que é correcta a expressão tradicional que fala de *doação do condado:* foi dado o condado, foi dado o direito de, em nome do rei, governar, hereditariamente, a terra de Portugal.

É altura de sintetizar as reflexões que se enunciaram. Se Paulo Merêa, nas suas conclusões, diz propender para a ideia de *senhorio*

a uma *tenência* (Cfr. H. Grassotti — *La durée des concessions bénéficiaires en Léon et Castille: les cessions ad tempus* in *Les structures sociales de l'Aquitaine, du Languedoc et de l'Espagne au premier Âge féodal*, Toulouse, 1969, 79-102 e nota da pág. 178).

hereditário, admitindo *quando muito* que D. Henrique possuía como património seu a tenência de Portugal, pela nossa parte — e escusado será dizê-lo, sob o signo do provisório — é para esta última posição que nos inclinamos [1].

[1] A interpretação que se encontra no texto — e que vimos expondo nas nossas lições, desde 1965 — suscitou objecções de Paulo Merêa (*Sobre a concessão in História e Direito cit.*, págs. 269-272) expressas, como sempre, com grande correcção.

Não aceitava Merêa que o sucessivo emprego do verbo *tenere*, no documento de 1100, fosse argumento coadjuvante em favor da ideia de tenência; em sua opinião «o emprego repetido do verbo *tenere* está mostrando o alcance impreciso desta expressão. O redactor do documento aplica-o, com efeito, a três situações bem distintas: a do magnate D. Henrique, primo de D. Raimundo e genro, como ele, do monarca; a de Soeiro Mendes, cliente de D. Henrique, que lhe deu em préstamo várias terras ou o encarregou do governo delas, e finalmente, a de Gonçalo Pais, simples meirinho de Soeiro».

Julgamos ser possível contra-argumentar. O tratar-se de situações distintas não quer dizer que nelas não exista um denominador comum, e esse parece-nos ser o de que, em todas as situações, existe uma posse *nomine alieno*. Acresce que, no referente à posição de D. Henrique e de Soeiro Mendes, ela não é, apenas, caracterizada pelo verbo *tenere*, mas, ainda, pela expressão *tenere de;* e — como dizemos no texto — parece-nos anómalo que, no mesmo documento, *tenente de illo* tenha um significado, quando respeita a Soeiro Mendes, e tenha diferente significado, quando relativa a D. Henrique.

Acrescenta, depois, Merêa afirmarmos nós «que «conde», *comes*, no seu significado mais usual é sinónimo de governador de terra, de distrito, e um *tenens terram*, bastando portanto esse título para mostrar que D. Henrique era um «tenente» de D. Afonso VI e que as frases *in nostro dominio et dicione e portugalensium patriae princeps* não são estranhas a ideia de tenência», pois «inculcam apenas exercício de poder, sendo compatíveis com diferente qualificação do seu agente — *rex*, «*comes*» ou outra». Em comentário, declara Merêa que «também se me não afiguram concludentes estes argumentos, conquanto reconheça que o primeiro deles é especialmente digno de ponderação»; e passa a desenvolver a sua posição, nomeadamente a partir da premissa de «que o título de *comes* não implica necessariamente a situação política de tenens do rei».

Há, neste ponto, que começar por esclarecer que nunca defendemos que o simples uso do título de *comes* fosse bastante para demonstrar que D. Henrique era um tenente de Afonso VI. Não. O nosso ponto de partida foi a discordância relativa à afirmação de Merêa (*Ainda a concessão*, pg. 11 e *Sobre a concessão*, pg. 261) de que «— Hoje que estão publicados todos os diplomas conhecidos do conde D. Henrique como senhor da Terra portugalense fácil é verificar que o seu teor é estranho à ideia de tenência» e que o conde se intitulava «em regra simplesmente» «comes Henricus» sem nunca se apresentar como «tendo» *(tenens)* Portugal «do rei de Leão». Por isso, as considerações que então enunciámos a respeito do «significado mais usual» da expressão *comes*, como *tenens terram*, não pretendiam demonstrar que o uso desse título bastava para atestar a qualidade de *tenens*, mas sim manifestar reserva quanto à afirmação de que o teor dos documentos de D. Henrique era estranho à ideia de tenência. Que, aliás, tínhamos presente a existência de condes *nao tenentes*, é o que se pode ver na nossa aludida afirmação de que *comes*, no seu significado *mais usual*, era um *tenens terram;* porém, *significado mais usual* e só isso.

De qualquer modo, trata-se de considerações no plano da análise de um documento (o doc. de 1100), que não são suficientes para, sem um exame mais aprofundado de todas as fontes, nos reforçarem, decisivamente, na ideia de tenência hereditária.

Em favor da tenência hereditária, também se vem manifestando, nos últimos tempos, Hilda Grassotti, discípula de Sánchez-Albornoz. A sua opinião, expressa, de início, em modo incidental, (*Apostilla a «El Prestimonio»*, 190) surge, agora, com um pequeno desenvolvimento (*La durée des concessions*, 96, notas 49, 50 e 51). Hilda Grassotti qualifica de convincente a interpretação dada por Sánchez-Albornoz ao documento de 1100, e diz ser, também, convincente a explicação, por este fornecida, «do modo como a política europeizante e feudalizante de Afonso VI puderam levá-lo a conceder uma «tenência hereditária» ao seu genro». Além disso, acrescenta H. Grassotti que — «As conclusões de Verlinden e de Sánchez-Albornoz se acham reforçadas pelo facto de Henrique se ter tornado vassalo do Imperador. Sabemos pelo Toledano que, se bem que o Borgonhês *coepit aliquantulum rebellare, non tamen subtraxit hominium toto tempore vitae suae*. E pela mesma fonte, sabemos, também, que o genro de Afonso *cum gente sua mandatum ad exercitum et ad curiam veniebat*». Hilda Grassotti repete as suas considerações em *Las Instituciones Feudo-Vassalaticas*, Tomo II, 648.

Seja consentido dizer que se nos não afigura que a tese da tenência hereditária fique, assim, aumentada. Em primeiro lugar, o argumento de Sánchez-Albornoz, agora repetido por H. Grassotti, nunca nos pareceu muito forte, já que a — por ninguém discutida — política europeizante e feudalizante de Afonso VI tanto pode explicar a figura da *tenência hereditaria*, como a do *senhorio:* qualquer que seja a tese perfilhada, sempre se terá de reconhecer que a concessão da terra portugalense representa um desvio às normais práticas constitucionais hispânicas. Também o segundo argumento — *hominium* que ligava D. Henrique ao imperador — se não afigura ser muito grave. Que o conde se tornou vassalo de Afonso VI com o dever de *ire ad exercitum et ad curiam*, é facto de há muito apontado pela doutrina: simplesmente, tal dever de vassalagem tanto podia estar unido a tenência hereditária, como ter acompanhado doação de senhorio, posição esta última defendida por Merêa.

Veja-se enfim, Marcello Caetano — *História* (1981) 136-147, em posições semelhantes às do texto.

I

FONTES DE DIREITO

PERÍODO DE DIREITO CONSUETUDINÁRIO E FORALEIRO

(1140-1248)

1. *A fundação do Reino de Portugal.* Em 1112, três anos após o falecimento de Afonso VI, morre o Conde D. Henrique e D. Teresa assume o governo da terra portugalense. Ao tempo de seu marido, intitulava-se D. Teresa *infans (infant, infanta, infante)* e não *comitissa* [1]: muito frequente era, também, o simples uso do nome próprio, acompanhado de invocação da qualidade de filha de Afonso VI. O título *infans* indicava dignidade pessoal, e não exercício de poder político; denotava a existência de estirpe, descendência régia.

No começo do seu governo, vai D. Teresa, de um modo geral, continuar a intitular-se *infans;* a partir, todavia, de 1117, D. Teresa manifestará a sua preferência pelo título de *regina* [2]. Enquanto que o título *infans* é unívoco — no sentido de qualidade pessoal — o de *regina* é equívoco, pois tanto pode significar a qualidade *pessoal* de quem é filha de rei, como a qualidade *política* de quem, efectivamente, exerce poder real. Tem-se discutido se o uso do título de *regina,* por parte de D. Teresa, é ou não político [3]. Todavia, documentos há nos quais o título de *regina* parece estar fora do aspecto de puro atributo pessoal; é o que acontece, por exemplo, num documento de 1117, em

---

[1] E excepção *D. R.*, doc. 12, de 1108, onde se lê: «Ego comes Hanricus una cum uxore mea, formosissima Tarasia *comitissa* filia regis domni Adefonsi (...)». Também, num documento particular de 3 de Fevereiro de 1113, se encontra a expressão «sub ditione et regimine *comedisa* domna Tarasia (...)» (*D. P.*, doc. 424).

[2] Para os vários títulos de D. Teresa, é fundamental a consulta da nota X, de Rui Pinto de Azevedo, a pág. 571, em *Documentos Régios*, Vol. I, Tomo II, Lisboa, 1962. Vejam-se, ainda, as notas XIV (pág. 582), XVI (pág. 585) e XIX (pág. 589). Mas já em documento particular, de 28 de Dezembro de 1114, se lê — «Regnante *regina nostra Tareisia Portugalense (D. P.*, doc. 493); e, em documento de 11 de Abril de 1115 «sub principe *regina Domna Tarasia* imperante Portugal (*D. P.*, doc. 501).

[3] Afirmando o aspecto político do título, pronunciou-se o Cardeal Saraiva — «*Em que se trata da origem do nome de Portugal* (...)» in *Hist. e Mem. da Ac. R. das Ciências de Lisboa.* Tomo XII, parte II, Lisboa, 1839, págs. 40-41. Tendencialmente contrário é Rui Pinto de Azevedo, *notas* XIV e XIX, *cits.*

que se intitula «infant domna Tarasia *regina de Portugal*» [1] ou, num outro, de 1124, em que surge como «*Tarasia* regis Alfonsi filia *Portugalensium regina*» [2].

Durará o governo de D. Teresa até 1128. Nesta data, Afonso Henriques — que, três anos antes, em Zamora, se armara cavaleiro a si próprio, — «*sicut moris est Regibus facere*» [3] — afasta sua mãe, pela força das armas, da chefia do condado [4].

Tal como D. Teresa, também Afonso Henriques afasta qualquer designação relacionada com a dignidade condal — nunca se intitula *comes:* mas, ao contrário de sua mãe, não pode jogar com o significado dúplice da expressão *rex*, uma vez que não é de filiação régia [5]. Por isso, no que diz respeito a qualidade pessoal, vai Afonso Henriques invocar aquela a que tem direito, por ser de estirpe real — a de

[1] *D. R.*, doc. 49.

[2] *D. R.* doc. 67. E, também, fora do aspecto de mera qualidade pessoal que, na *Chronica Adefonsi Imperatoris*, se diz que — «Mortuo autem comite Henrico, *Portugalenses vocaverunt eam Reginam*» (ed. Sánchez-Belda, Madrid, 1950, n. 73, 59). Aliás, na crónica conhecida por *Anónimo de Sahagun* diz-se que, logo após a morte de Afonso VI, «como es costumbre de las lenguas lisonjeras, la muguer del Conde (D. Teresa) *era ya llamada de los suyos Reyna*, lo qual oyendo la Reyna (D. Urraca) mal le sabia, mayormente como se viese desamparada del solaz varonil e à sua hermana verla con el ayuntamiento de varon sobresalir». (Escalona — *Historia del Real Monasterio de Sahagun*, Madrid, 1782, Apêndice I, cap. XXI, 307). Tenha-se ainda presente que D. Teresa foi a única filha ilegítima de Afonso VI que usou o título de *regina*. Nalguns documentos, parece, mesmo, dar-se a qualificação de *regnum* à terra portugalense (*D. R.*, doc. 49: «et non pectet caluniam *in toto meo regno* (...)»; doc. 71; «libere et absque pedagio deferantur *per totum regnum Portugalli* (...)». Rui Pinto de Azevedo, ponderando que estes documentos não são autógrafos, considera a expressão *regnum*, fruto de posterior actualização (*D. R.* nota XIV e nota XIX, *cits*). É muito possível que assim tenha sucedido, ainda que alguma dúvida possa subsistir. Deve ter-se em conta o relativismo que, na Idade Média, acompanhava as expressões *regnum, regnare*. (Veja-se J. A. Maravall — *El concepto de España en la Edad Media*, 366-387, embora estejamos longe de acompanhar toda a argumentação do Autor). E que a um território onde um *rex* exercesse poder político, *ainda que não independente*, não repugnava a qualificação de *regnum*, parece poder provar-se pelo conhecido passo da *Historia Compostellana*, em que se diz que D. Teresa «fastu superbiae elata terminos iustitiae egrediebatur et nullum Regi servitium *de Regno* quod ab illo tenere debebat, exhibere dignabatur» (ainda, *Historia Compostellana*, Livro III, Cap. 51: «(...) *Regno Portugalensi* contentum esse non pertulit»).

[3] *Chronica Gothorum*, in *P. M. H., Script.*, 11.

[4] Possivelmente, pouco tempo antes de Afonso Henriques se tornar único Senhor de Portugal, houvera uma repartição territorial entre mãe e filho: Afonso Henriques teria ficado a governar ao norte do Douro, e D. Teresa, ao sul. (Cfr. Damião Peres — *Como nasceu Portugal*, 120).

[5] Há um documento de 1125 (*D. R.* doc. 69), em que se lê: «*Ego regina Tharasia et filius meus Alfonsus rex in* hac carta manus nostra roborauimus». No critério de Rui Pinto de Azevedo «o título de *rex* aplicado ao infante D. Afonso no diploma é evidente

infans [1]; no tocante a qualificação política, dado que rejeita a de *comes* e, nos primeiros tempos, não ousa denominar-se *rex*, resta-lhe a solução de usar um título impreciso, não técnico, mas que exprima a existência de supremacia, no plano do direito público — o título de *princeps* [2]. Todavia, para bem marcar a independência que pretende atribuir ao seu *principatus*, vai Afonso Henriques, com frequência, dar-lhe origem providencial para, assim, afastar a vinculação a qualquer poder humano.

Logo em 3 de Agosto de 1128, vêmo-lo intitular-se «egregius *infans* Afonsus gloriosissimi Ispaniae imperatoris nepos et consulis domini Henrici et reginae Tharasiae filius *Dei vero providentia* totius Portugalensis prouinciae princeps (...)» [3]. Esta [4] e outras fórmulas semelhantes [5] serão as usadas por Afonso Henriques até 1140. É, com

deturpação do notário». E possível. Mas não nos repugna que se trate de deturpação intencional, havendo a ponderar que 1125 é o ano do referido episódio de Zamora, bem demonstrador das não contidas pretensões do infante Afonso Henriques à realeza. A mesma dúvida surge, agora, em António P. de Matos dos Reis — *Fundação de Ponte de Lima — O Foral de D. Teresa* (1125), Ponte de Lima, 1976, 16.

[1] Geralmente acompanhada de indicação dos pais e do avô Afonso VI: «*Ego Alfonsus egregii comitis Henrici et egregie regine Tarasia filius et Alfonsi optimi regis nepos* (...); *D. R.*, doc. 89.

[2] Sobre o significado do título de *princeps*, vejam-se A. Floriano — *Estudios de Historia de Asturias*, Oviedo, 1962, 83; J. A. Maravall — *El Pensamiento Politico de la Alta Edad Media* in *Estudios de Historia del Pensamiento Español*, Madrid, 1967, 26-28; Nilda Guglielmi — *El «dominus villae»*, 56 e segs., e, também, Herculano — *História*, vol. I, 385, e nota XVIII, 523.

[3] *D. R.*, doc. 93.

[4] *D. R.*, docs. 94, 118, 123, 132, 158, 174, 176.

[5] *D. R.*, doc. 96 (*per Dei clementiam* Portugalensium princeps); doc. 97 (Colimbriensium ac totius urbium Portugalensium *Dei prouidentia* dominus); doc. 100 (*deo auxiliante* Portugalensium princeps); doc. 145 (*diuina dispensatione* Portugalensium princeps); doc. 165 (*Deo volente* totius Portugalensis patri princeps); docs. 158 e 166 (*ex divina providentia* Portugalensium princeps). É de referir que já os condes de Castela (Rodrigo, Fernan González) nos séculos IX e X, bem como os condes da Catalunha, o diziam ser «*pela graça de Deus*», afim de marcar a sua independência de qualquer poder temporal. Cfr. Fr. Justo Pérez de Urbél — *El Condado de Castilla*, Vol. II, 86 e nota (13), 98; J. A. Maravall — *ob.* e estudo *cits.*, 32 e segs.. Já vimos, acima, pág. 88, nota (1) o uso incidental da fórmula pelo Conde D. Henrique, devendo notar-se que fora, também, usada pelo célebre conde de Coimbra, Sesnando (*P. M. H., Dip. et Char.*, doc. 677, 1087). E, todavia, de salientar que Afonso Henriques — acaso por a considerar demasiado nítida — parece evitar essa clássica fórmula «*pela graça de Deus*», dando preferência, como se vê, a expressões paralelas. Para a origem e evolução da fórmula *Dei gratia*, vejam-se Walter Ullmann — *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, Londres, 1966², 117 e segs. e, agora, Giovanni Santini — *Occidente Romano e Occidente Barbarico — Introduzione allo Studio delle Strutture Giuspubblicistiche dell'Europa Medioevale*, Milão, 1983, 57, nota (87).

efeito em 1140, segundo a tradição — não repelida pela crítica moderna [1] — que, não muito depois da batalha de Ourique, Afonso Henriques tomou o título de *rex*.

Qual o significado da assunção, por parte de Afonso Henriques, do título de *rex?*

De acordo com o que já atrás se disse, o acto do fundador da monarquia portuguesa visa, principalmente, um aumento da sua *qualidade* pessoal, da sua *dignidade*; deixa de ser *infans*, para se reclamar do título de *rex*. Há como que uma *promoção* nos escalões da hierarquia do tempo [2]. No aspecto da *autoridade*, do exercício do poder político, pelo menos no campo dos factos, não se registam alterações: Afonso Henriques era e continua a ser o chefe, o «*Portugalensium princeps*».

O que se acaba de dizer é demonstrado pelo facto de, nos primeiros documentos, o título *infans-princeps* ser substituído pelo de *rex-princeps*.

Assim, vêmo-lo denominar-se «*rex Alfonsus* Portugalensium *princeps*» [3] ou «*egregius rex Alphonsus* totius Portugaliensis provincie *princeps*» [4].

Todavia, a assunção do título de *rex* tem, ainda, um outro significado. Na verdade, *rex* era não só um grau na hierarquia de dignidades pessoais, como, também, um grau na hierarquia política. Por isso, se o título de *infans* (mera dignidade) era insuficiente para legitimar ou explicar o *principatus* de Afonso Henriques, o mesmo não acontece, agora, com o título de *rex*, que tem virtualidade para justificar o exercício de poder político [5].

Deste modo, o título de *rex* assumido por Afonso Henriques, traz

[1] Carl Erdmann — *De como D. Afonso Henriques assumiu o título de Rei*, Coimbra, 1940; Costa Veiga — *Ourique-Vale de Vez*, in *Anais da Academia Portuguesa da História*, vol. I, 1941; Monica Blöcker — Walter — *Alfonso I Von Portugal*, Zürich, 1966, 36-37; Marcello Caetano — *História* (1981), 201-203.

[2] Conde de Tovar — *D. Afonso Henriques — Infante, Príncipe, Duque e Rei*, Lisboa, 1959, 283 (separata dos *Anais da Academia Portuguesa da História*, II Série, Volume 9); v., também, Marcelo Caetano — *Lições, cit.* (1962), 69 e seg..

[3] *D. R.*, doc. 175.

[4] *D. R.* doc. 176.

[5] É, assim, que, desde muito cedo (segundo parece, a partir de 1141) Afonso Henriques deixa de intitular-se *princeps*, passando a designar-se *Portugalensium rex, Portugalensis rex* ou expressão de valor semelhante. Cfr. A. Pimenta — *Idade Média (Problemas e Soluções)*, Lisboa, 1946, cap. IV — *Reis dos Portugaleses*, 177 e seg.; F. Mateu y Llopis — *Rex Portugaliae — Notas sobre la intitulacion diplomática de los reys de Portugal*, separata de *Arqueologia e História*, Vol. VIII, Lisboa, 1958.

consigo um aumento de dignidade e uma justificação ou legitimação do poder público exercido.

A partir de 1140, Afonso Henriques está, pois, no plano interno reconhecido como rei. O passo seguinte consiste na obtenção do reconhecimento da dignidade régia, no plano internacional. Em primeiro lugar, urgia apaziguar as pretensões da monarquia leonesa, de onde Portugal se desmembrara pela contínua persistência do Conde D. Henrique [1], de D. Teresa e, enfim, de Afonso Henriques. A essa contínua persistência, correspondera, do lado leonês, paralela atitude no sentido de não deixar extinguir os nexos vassálicos que impendiam sobre os senhores da terra portugalense. Mesmo já numa fase adiantada, quando das lutas entre Afonso Henriques e o seu primo Afonso VII, ainda então este monarca procura impor laços de vassalagem, originados, agora, na tenência de terras situadas fora de Portugal. Não se sabe que terra seria essa quando do acordo de tréguas de Tui (1137) [2], mas, na entrevista e paz de Zamora (1143), parece ter sido o senhorio de Astorga. É, aliás, nesta conferência de Zamora — e na presença do legado de Roma, cardial Guido de Vico — que Afonso VII reconhece o título de rei a Afonso Henriques: a vassalagem, a prestar pelo senhorio de Astorga, teria sido, no jogo de compensações, o preço pago pelo monarca português.

Paralelamente, Afonso Henriques procura obter a protecção da Santa Sé [3]. Motivos vários o impelem a essa política: tentativa de ver substituídos os laços vassálicos que o unem a Leão e Castela, consolidação e garantia do reino, desejo de constituição de uma Igreja nacional dependente da primazia bracarense e não de Toledo.

É assim que, possivelmente ainda antes de Zamora, mas também no ano de 1143, Afonso Henriques presta juramento de vassalagem ao papa Inocêncio II, nas mãos do cardeal Guido de Vico, e encomenda o território português a S. Pedro e à Igreja Romana: documentando esse acto de enfeudamento, dirige Afonso Henriques, à Cúria, em 13 de Dezembro de 1143, a carta *Claves Regni Coelorum*.

[1] Não se esqueça que — conforme narra o *Anónimo de Sahagun* — depois da morte de Afonso VI e por ocasião das guerras com seu marido Afonso o Batalhador, Urraca chega a partilhar com o conde D. Henrique, em Palência, os reinos que recebera de Afonso VI, embora se apresse a não cumprir tal partilha. De qualquer modo, no plano jurídico, o facto não podia deixar de reforçar a posição de autonomia do senhor da terra portugalense.

[2] P. Merêa — *O Tratado de Tui de 1137 do ponto de vista jurídico*, Coimbra, 1964 (separata *da Revista Portuguesa de História*, Tomo VI), 21. (*História e Direito*, 300).

[3] Veja-se Marcello Caetano — *História* (1981), 203-206.

Nessa carta, prometia o monarca um tributo anual de quatro onças de ouro, mas punha expressamente a condição de gozar da protecção papal, para si e para a dignidade e categoria de reino. Além disso, ficaria a não reconhecer qualquer senhorio espiritual ou temporal, fora o Papa e seus legados. Tudo isto tinha um sentido bem directo contra a monarquia castelhano-leonesa.

No entanto, quando Afonso Henriques faz seu juramento, já não era Inocêncio II do número dos vivos, e Celestino II, que lhe sucedeu, pouco tempo ocupou o sólio pontifício. Coube, assim, a Lúcio II ocupar-se do problema. Este papa vai responder à carta de Afonso Henriques, em Maio de 1144, com a carta *Devotionem Tuam* que, no dizer de Carl Erdmann, «é uma obra prima da diplomacia papal». No comentário deste historiador «os deveres contraídos pelo rei conta-os ele (o papa) em termos precisos: o *hominium* prestado ao papa Inocêncio, a doação do território a S. Pedro e a promessa de tributo de quatro onças, válida também para os seus sucessores.

Mas as condições que D. Afonso Henriques pusera na sua carta: a conservação da sua dignidade, isto é, do título de rei, e total independência do seu território, tanto em questões espirituais como em questões materiais, de todos os poderes além do papa e do legado, são passadas em silêncio; igualmente se cala sobre o enfeudamento de Portugal à Santa Sé, contentando-se com a seguinte afirmação: recebemos-te a ti e a teus sucessores entre os «Herdeiros do Príncipe Apostólico» para que vivais sob a sua benção e protecção e assim, com a ajuda de Deus, possais entrar no reino do céu — dificilmente se poderia ter expressado, dizendo menos» [1].

Todavia, ainda que a Cúria o silenciasse, algo de novo passara a existir: o juramento de vassalagem prestado por Afonso Henriques que, eventualmente, lhe poderia permitir invocar o auxílio de Roma contra Castela. Esse, com probabilidade o motivo porque o monarca português não protestou, tentando revogar o juramento com a lógica alegação de que as condições postas não haviam sido aceites.

Até 1179, a Cúria vai denegar o reconhecimento da dignidade régia de Afonso Henriques, dando-lhe, simplesmente, o tratamento de *dux*. É compreensível esta política; Roma considera que na península deve existir uma unidade de esforço na luta da Reconquista e, por isso, do mesmo passo que se inclina para o reino mais forte e herdeiro da tradição neo-gótica — o reino de Castela e Leão — não sente pressa em reconhecer mais um Estado hispânico.

[1] Carl Erdmann — *O Papado e Portugal no primeiro século da história portuguesa*, Coimbra, 1935, 49-50.

É, pois, só na data indicada, em 1179, no pontificado de Alexandre III, que a existência do reino de Portugal e da dignidade real de Afonso Henriques, vêm a ser reconhecidas pela bula «*Manifestis probatum est*». Mudara, entretanto, o condicionalismo político: Castela e Leão estavam, agora, separados e a Santa Sé, abandonando a ideia de hegemonia de um Estado na península, procura, de preferência, a instauração de solidariedade e aliança entre Estados iguais. Além disso, há ainda a ter presente que, com Alexandre III, se inaugura uma nova concepção do poder pontifício: competirá ao Papa favorecer as situações políticas que a «*dispensatio coelestis*», a autoridade soberana de Deus, criou na terra. Logo, se Afonso Henriques, como os factos tinham demonstrado, fora escolhido por Deus para reinar em Portugal, competia à Cúria reconhecer essa situação [1].

Assim, na bula *Manifestis probatum est*, Alexandre III após dizer que «Aequum est autem ut quod ad regnum et salutem populi ab alto *dispensatio coelestis* elegit, apostolica sedes affectione sincera diligat», reconhecia Afonso Henriques como rei, tomando-o, e aos seus sucessores, sob a protecção da Cúria; quadruplicava-se o censo prometido na *Claves Regni coelorum* — agora, em vez de quatro onças, seriam pagos, anualmente, dois marcos em ouro. De uma só vez, entregou, ainda, Afonso Henriques mil maravedis de ouro [2]. Assim se consumava o reconhecimento pontifício da independência de Portugal.

[1] Marcel Pacaut — *Alexandre III. Étude sur la conception du pouvoir pontifical dans sa pensée et dans son oeuvre*, Paris, 1956, 221-222; L. Ribeiro Soares — *Portugal, um Estado novo no século XII*, Lisboa, 1957 (separata de *Esmeraldo*, n.º 13, Lisboa, 1956); veja-se, também, bibliografia citada em P.e Dias Dinis — *Antecedentes da Expansão ultramarina portuguesa. Os diplomas pontifícios dos séculos XII a XV*, Coimbra, 1962 (separata da *Revista Portuguesa de História*, vol. X).

[2] O pagamento do censo a Roma conheceu muitas tribulações. Depois de ser confirmado como *rex*, pela referida bula, Afonso Henriques suspendeu o pagamento das quatro onças que, anualmente, desde 1143, pagara como *dux*, e não mais pagou os dois marcos prometidos. No tempo de D. Sancho I, a Santa Sé reclama e o rei diz ter seu pai, de uma só vez, pago quantia suficiente. Em resposta, o Papa insiste, enviando um legado. Então, D. Sancho paga 504 morabitinos (mas referidos ao censo de quatro onças, de 1143): observou o Papa que o censo era não de quatro onças, mas sim de dois marcos. Ignora-se o que se terá passado, sendo apenas certo que, no reinado de D. Afonso II, este, depois de muito instado, pagou, em 1213, cinquenta e seis marcos, respeitantes a vinte e oito anualidades em atraso. Posteriormente, não existe prova de qualquer outro pagamento do censo, o que não significa que ele não tenha sido efectuado, pelo menos, até 1261. Cfr. Alfredo Pimenta — *Subsídios para a História de Portugal (Textos & Juízos Críticos)*, Lisboa, 1937, cap. IV — *Portugal censatário da Santa Sé*, 63 e segs.; J. Preto Pacheco — *O Censo Anual à Santa Sé (De D. Afonso Henriques a D. Afonso III)* in *Lusitania Sacra*, Tomo VII, Lisboa, 1964-66, 237 e segs..

2. *Características do direito neste período: predomínio do direito consuetudinário.* O direito desta época é o direito de uma sociedade cuja ordenação política visa como escopo principal, a prossecução de uma guerra de Reconquista, de que se não antevê próximo fim [1]. Por isso o Estado português — como os demais reinos cristãos da península — terá uma estrutura adequada a essas circunstâncias: a classe social cimeira, detentora do poder político, é a *nobreza*, classe que forma o escol militar do reino.

Deste modo, o Estado da Reconquista é um Estado cuja atenção principal se não volve para as tarefas administrativas, nem para a produção do direito: é um Estado guerreiro e não, essencialmente, administrador ou legislador. Acresce que, de acordo com as concepções de direito público germânico, deve o rei *observar* o direito e não *criá-lo* [2]. É o *rei-juiz* e não o *rei-legislador*.

Assim, a população destes reinos — que, aliás, fora violentamente abalada pela invasão muçulmana e, ainda, de algum modo, pelos próprios movimentos migratórios que a Reconquista provoca — entregue a si mesma, num condicionalismo local que, por necessidade das coisas, tendia para a auto-suficiência, vai, também, viver o *seu* próprio direito, um direito que não é de criação do rei; as sociedades, encontrando-se fora de uma directa tutela do poder central — que na realidade é um exército em combate, de que o rei é chefe — vão estabelecendo as normas por que se irão regular.

É, pois, neste ambiente — dominantes concepções políticas, abalos sociais e desorganização causados pela invasão muçulmana e Reconquista, características militantes dos Reinos cristãos — que se vai verificar um florescimento do *direito consuetudinário*, em detrimento da lei escrita.

Qual a origem, porém, das formações consuetudinárias deste período? Já atrás tocámos nas premissas da questão e dissemos que a tese, durante muito tempo dominante, fora a de que este direito só poderia ser a continuação de um direito costumeiro germânico,

[1] Consulte-se a síntese de Elena Lourie — *A society organized for war: medieval Spain* in *Past and Present*, Oxford, 1966, n.º 35, 54-76. Sobre o exército nesta época, veja-se Palomeque — *Contribución al estudio del ejército en los Estados de la Reconquista* in *A.H.D.E.* Vol. XV, 1944, 220 e segs. e, principalmente, Sánchez-Albornoz — *El ejército y la guerra en el reino astur — leonês (718-1037)* in *Ordinamenti militari in occidente nell alto medioevo. Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull Alto Medioevo*, XV, Tomo I, Spoleto, 1968, 293 e segs..

[2] Veja-se, neste ponto, o interessante estudo de Fritz Kern — *Derechos del rey y derechos del pueblo*, Madrid, 1955, 126 e segs. (trad. espanhola de *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht in Früheren Mittelalter*, Darmstadt, 1962³).

conservado pelas populações godas, que o direito «*oficial*» visigodo, legislado, não pudera afastar. Igualmente se acenou a que Merêa, D'Ors e Garcia Gallo se tinham manifestado contra o exclusivismo da tese dominante, que encontrava expressão no próprio facto de se ter criado um *período germânico* na história jurídica peninsular.

Merêa — com maior prudência e sem negar a influência germânica [1] — procurou demonstrar que grande parte desse direito mais não é do que o resultado de um processo evolutivo do *direito romano vulgar*. Garcia Gallo, por seu lado, tenta achar um nexo entre o direito medieval e os direitos pré-romanos, admitindo que, por força da invasão céltica, se tivesse mantido, na península, um «*substrato céltico*», que iria favorecer o desenvolvimento de soluções semelhantes às germânicas, mas não delas oriundas [2]. Enfim, Álvaro D'Ors, insistindo na ideia de que o direito visigótico «*puro*» se extinguiu completamente, faz realçar que aquilo que para muitos são *germanismos*, se trata, na verdade, de atavismos e regressões da época. Em certa medida, D'Ors, retomando a senda de Helfferich e Clermont, não se mostra, também, avesso à ideia de forte *influência franca* [3].

Que pensar da questão? Segundo parece, a melhor atitude — recolhendo lição de Merêa — é a de não adoptar qualquer posição unilateral, nesta matéria. Por outras palavras: não querer substituir o exclusivismo germânico por outro, de sinal diferente. Peca, na verdade, a crítica anti-germanista, muitas vezes, por excesso. Com efeito, não parece convincente a ideia de um completo desaparecimento do direito consuetudinário visigodo, nem a de que os aparentes *germanismos* do direito da Reconquista sejam, *predominantemente*,

[1] Veja-se, por exemplo, o texto citado na nota (2) da pág. 64 do presente livro.

[2] Garcia Gallo — *El caracter germanico*, 50, e, principalmente, *Manual de Historia del Derecho*, tomo I, 68: «En casi todos estes Derechos (do norte da Península) existia un substrato céltico, que modernamente ha sido confundido con un fondo germânico. La repoblación, que llevó a los pueblos de estas regiones a establecerse en la Meseta en regiones que hasta entonces no habían habitado, facilitó también la expansión de su Derecho a las mismas».

[3] Alvaro D'Ors — *La territorialidad*, 109-110. No prefácio de «*El Codigo de Eurico*», 11, vem defender a tese de que «los elementos germanicos se infiltran progressivamente en el derecho visigodo profundamente romanizado en la época de los reyes de Tolosa. Leovigildo es más germanico que Eurico y aún más Chindasvinto y los sucessivos legisladores». A explicação estaria não «en un progressivo recrudecimiento del antiguo espirito gótico, oprimido por una legislación romanizante de los reyes» mas sim em que tais elementos «proceden del pueblo que tuve por antonomasia un derecho germanico a la vez que una creciente influencia politica y cultural en Ocidente, es decir, los francos».

explicados por um *substrato céltico* ou por *influência franca* [1]. Tal não significa, todavia, que um ou outro elemento primitivo se não tivesse insinuado no ambiente de confusão que se segue, primeiro, às invasões bárbaras e, depois, à conquista muçulmana [2] ou que se não deva aceitar uma influência franca, mas limitada e só a partir do século X.

Assim, o mais sensato estará em não querer, de modo simplista, rotular este período, atendendo a uma influência única, mas sim admitir que as várias experiências jurídicas anteriores terão contribuído (ainda que, indubitavelmente, com não igual eficácia) para caracterizar o direito da Reconquista.

Este, um primeiro ponto: existe, porém, um segundo, não menos importante. É tendência do historiador a de, observando uma determinada experiência jurídica, tentar, sempre, explicá-la eruditamente, por uma ligação a experiência anterior. Assim, no que diz respeito ao direito da Reconquista, é frequente procurar-se a sua génese, apenas a partir de elementos tirados de experiências anteriores (pré-romana, romana, visigoda, muçulmana). Ora esta tendência, tem, no plano metodológico, de ser acolhida com reserva: há que ter em atenção o facto de, muitas vezes, as peculiaridades do ambiente social gerarem certas instituições, sem que necessário se torne buscar-lhes antecedentes. Uma instituição medieval não tem, forçosamente, de ser persistência ou evolução de uma anterior. Mas, a esta observação, uma se acrescenta: é que, mesmo quando, com grande verosimilhança, se descobre uma continuidade institucional, ainda então, se tem de ponderar que essa continuidade não surge no processo histórico como qualquer coisa de mecânico ou automático. Se certas instituições persistem, e outras não, é porque a sua estrutura se adaptou ao condicionalismo da nova experiência em que se vão inserir.

[1] Sánchez-Albornoz — *Tradición* e *Pervivencia*, *cits.*. Contra a ideia de um substrato céltico diz o professor espanhol que, para que o direito medieval «hubiese recogido tradiciones juridicas hispanas primitivas, habria sido preciso, asimismo, que ellas hubiesen perdurado en estado de latencia casi o más de mil años; los que transcurrieron entre la conquista romana (218 a.d.C. a 19 a.d.C.) y la aparición de las instituciones juridicas germanicas en los documentos de aplicación del derecho del reino asturleonês, a partir del siglo IX. Frente a ese plazo, la vida consuetudinária del derecho visigodo al margen del Código de Recesvinto (649-672) habria equivalido a un breve suspiro» (*Tradición*, 251). Quanto à influência franca na Espanha goda, após focar a quase permanente hostilidade dos dois povos, chega a afirmar «que cualquier buen conocedor de la historia franca mostrará a las claras su negativa a admitir la influencia juridica ultrapiranaica en la España goda». (*Pervivencia*, 175).

[2] Sánchez-Albornoz — *Pervivencia*, 198-199; *España*, Vol. I, 137-140, principalmente.

Feitas estas observações, examinemos, agora, os elementos que caracterizam o Direito deste período.

Consideremos, em primeiro lugar, a possível influência das *experiências jurídicas pré-romanas*. Como se já teve ocasião de apontar, a maior e liminar dificuldade reside no quase total desconhecimento que temos das ordens jurídicas primitivas. Aí se encontra, também, a razão de ser da metódica reserva a opor aos trabalhos de Joaquin Costa e, nos nossos dias, à hipótese de Garcia Gallo relativamente à influência de um «*substrato céltico*» no direito medieval.

Em tal matéria, dificilmente se poderá passar do campo das hipóteses indemonstráveis. Poder-se-á provar, com maior ou menor dificuldade, que determinada instituição não tem origem em experiências jurídicas conhecidas, como a romana, a germânica, a muçulmana, ou outra; é já extremamente difícil — a não querer utilizar adjectivação mais forte — a prova de que essa instituição não eclodiu no próprio condicionalismo medieval; é praticamente impossível provar-se que tal instituição deriva, em linha directa, de experiências jurídicas pré-romanas.

Todavia, com todas estas dificuldades, tem, por vezes, a investigação histórica indicado alguns institutos, como sendo de origem pré-romana: é o que acontece com uma forma de *composição corporal*, designada, geralmente, por «*entrar às varas*» e que, no dizer de Merêa, talvez se trate «duma sobrevivência de usos indígenas anteriores à dominação romana» [1].

Quanto à *influência do direito romano*, do direito romano *vulgar*, praticado na península, vimos, igualmente, que na afirmação dessa influência, se encontrava, precisamente, um dos pontos de partida das recentes posições anti-germanistas; tal como o latim *vulgar* evoluíu para o romance *português*, assim o direito romano *vulgar* teria evoluído para o direito medieval português. Esse elemento romano insinuou-se em textos escritos como o *Código Visigótico* e, especialmente, na vida jurídica consuetudinária.

Também não são já precisas muitas palavras para focar o problema da *influência germânica*. A justa medida estará em não a afirmar exclusiva, nem em negá-la sistematicamente. Não só o *Código*

[1] P. Merêa — *Composição corporal (Achêga para a história do direito penal português)* in *A.H.D.E.*, tomo XV, 1944, 564 e segs.; republicado nos *Estudos de Direito Hispânico*, tomo II, 195 e segs.. *Composição*, no sistema penal medieval, era uma *reparação* (patrimonial, corporal ou de outro tipo) prestada pelo ofensor ao ofendido, visando a reconciliação das duas partes, o fim da surgida situação de inimizade: veja-se M. Caetano — *Lições* (1962), 113-114.

Visigótico é fonte de direito neste período, como também muitas instituições de direito político, processual e penal, que nos surgem nos costumes da Reconquista, têm a sua melhor e mais natural explicação numa origem germânica. O que se não pode é hipertrofiar essa influência, nem esquecer que instituições há que tanto podem ter um antecedente germânico, como romano.

No que diz respeito à *influência muçulmana*, a seu tempo expusemos o condicionalismo que obstou a uma sua maior penetração no direito dos povos cristãos. No entanto — em virtude de influxo moçárabe — se não nas instituições, pelo menos no vocabulário técnico-jurídico, é bem visível a marca árabe: aparecem as palavras *alcalde, alcaide, almotacé, alvazil, almoxarife, anúduva, alcavala...*

Além disso, mesmo, quanto a instituições, algumas existem de filiação árabe: é, nomeadamente, o que acontece com a chamada *terça*, quota de livre disposição testamentária, que se manteve até 1910[1].

Outra influência que nos últimos tempos, tem, de novo, merecido a atenção dos autores é a do *elemento franco*.

Depois da influência franca ter sido sobrevalorizada por Helfferich, assistiu-se a reacção de sinal contrário, que a negou quase em linha total. Hoje, a questão encontra-se sob exame, em termos a que já atrás se aludiu. Como diz Merêa, «*a priori*, afigura-se pouco crível que a vida jurídica se tenha mantido cerrada a uma acção social e cultural de tão grande envergadura como foi a da Provença e da França propriamente dita»[2]. Assim, o referido Mestre aceita a origem francesa do chamado instituto da *posse de ano e dia*[3] e diz que lhe não custa aceitar «que outro tanto se possa dizer de várias instituições vulgarmente apresentadas como de avoengo suevo-gótico».

Em Portugal, há que contar com o próprio facto da origem borgonhesa do Conde D. Henrique e, ainda, com o estabelecimento de

1 P. Merêa — *Sobre as origens da terça*, trabalho apresentado no *Congresso do Mundo Português* (1940), depois, reproduzido em opusculo, e, enfim, publicado nos *Estudos de Direito hispânico*, tomo II, 55 e segs..

2 P. Merêa — *Estudos de direito hispânico*, prefácio, pág. XII.

3 Por posse *de ano e dia* entende-se a «instituição segundo a qual quem possui alguma coisa, pública e pacificamente, durante o prazo de um ano e um dia, fica colocado, relativamente a essa coisa, perante terceiros, numa posição juridicamente privilegiada, posição que, antes do decurso desse prazo, não podia de modo nenhum invocar» (Braga da Cruz — *A posse de ano e dia no direito hispânico medieval*, Coimbra, 1949, 2, separata do *B.F.D.C.*, vol. XXV, fasc. I). Veja-se, também, P. Merêa — *Sobre a posse do ano e dia no direito dos foros*, publicado, primeiramente, no *Boletin de la Universidad de Santiago de Compostela*, n.os 49-50, 1947 e, depois, nos *Estudos de Direito*, 163 e segs., Tomo II.

colónias de francos nalgumas povoações como *Lourinhã, Atouguia, Vila Verde* e *Azambuja*, a que se concedem especiais regalias.

Finalmente, para se bem caracterizar o direito neste período, deve-se, também, ponderar que, consoante se teve ocasião de dizer, muitas instituições nos surgem como produto directo do condicionalismo da Reconquista, sem ligação, pois, com as experiências jurídicas acabadas de indicar.

Parece ser esse, nomeadamente, o caso, tão discutido, do *concelho*. Depois de se ter procurado filiar a sua origem no *municipium* romano[1], no *conventus publicus vicinorum* visigodo[2] ou de se haver, mesmo, esboçado tese eclética que via, nuns concelhos, origem pré-romana e, noutros, a continuação do município romano-visigótico[3], ganha, hoje, consistência na investigação histórica a ideia de que o concelho, é, afinal, produto típico do ambiente da Reconquista — novas povoações em que os seus habitantes, longe da autoridade régia, se reunem para prosseguir os interesses comuns, ou povoações em que existe autoridade que, encontrando-se ocupada com os aspectos militares, abandona os problemas correntes de administração a uma assembleia deliberativa[4].

A terminar, saliente-se — como característica importante — que, em geral, os processos judiciais não findam com *sentença*, mas sim por *desistência* de uma das partes, ou *transacção*. Esta situação — como observam López-Ortiz e Gibert — é demonstrativa duma crise da autêntica cultura jurídica[5].

1 Herculano — *História*, tomo IV, 6 e segs.. Também, Gama Barros — *História*, tomo I, 57; E. Mayer — *Historia de las instituciones sociales y politicas de España y Portugal durante los siglos V a XIV*, tomo II, 255. Gama Barros, no entanto, posteriormente, manifestou intenção de rever essa tese (*História*, tomo XI, 26).

2 Hinojosa — *Origen del regimen municipal en Léon y Castilla*, in *Estudios sobre la Historia del Derecho Español*, Madrid, 1903.

3 T. de Sousa Soares — *Apontamentos para o estudo da origem das instituições municipais portuguesas*, Lisboa, 1931.

4 Sanchez-Albornoz — *Ruina y extinción del municipio romano en España y instituciones que le reemplazan*, Buenos Aires, 1943; veja-se, também, Marcello Caetano — *Lições* (1962), págs. 88 e segs. e a fundamental monografia de Maria del Carmen Carle — *Del concepo medieval castellano-leones*, Buenos Aires, 1968. Sobre a decadência, em geral, do municipio romano, veja-se, ainda, Roland Ganghoffer — *L'évolution des institutions municipales en Occident et en Orient au Bas-Empire*, Paris, 1963.

5 J. Lopez-Ortiz — *El proceso en los reinos asturianos de nuestra reconquista antes de la recepcion romano-canonica* in *A.H.D.E.*, 1942-43, 217-219; R. Gibert — *Enseñanza del Derecho en Hispania durante los siglos VI a XI* in *IRMAE*, Pars I, 5 bca, Milão, 1958, 34-35.

3. *Código Visigótico.* Já atrás se disse que na Idade Média se vai manter a aplicação do *Código Visigótico*, na sua forma *vulgata;* do mesmo modo se apontou que parece ter sido Afonso II das Astúrias — ao restaurar a «*gotorum ordinem sicut Toleto fuerat*, tam in eclesia *quam palatio*» — que iniciou os esforços conducentes àquela aplicação [1]. É assim que, posteriormente, no século X, vai aparecer, em Leão e em Santiago de Compostela, um tribunal que, em última instância, julga segundo o direito contido no *Código*, no *Liber Iudicum*, e que, por isso, é chamado «*juicio del Libro*» [2].

Também, no território português, são abundantes as provas de aplicação do *Código Visigótico* [3]. É muito frequente, nos documentos da época, encontrarem-se citações do *Código*, designado pelo nome de *lex, lex gothorum, forum iudicum, liber iudicum, liber iudiciorum, liber iudicialis.* Fazem-se, nos documentos, estas citações, não com intuito de mera erudição, mas sim com a finalidade de demonstrar a legalidade de determinado negócio jurídico. Por vezes até, num mesmo documento, o Código é designado por *liber iudicum* e *lex gothorum* [4].

É vulgar, neste período, para bem marcar a validade de uma doação, o afirmar-se, que «quisquis donatur uel ofertur nullo modo repetatur et sicut dicit *lex Gotorum* ut ualeat donatjo sicut et venditio» [5] ou que «enim *lex Gotorum* docet ut omne quod datum fuerit coram testibus non licet denegari» [6].

Outras vezes, a citação não se limita a invocar, genericamente, a autoridade do Código Visigótico, e indica, com precisão, a norma que

[1] Sobre a aplicação do *Código Visigótico* no reino ásture-leonês, consulte-se Sánchez-Albornoz — *Alfonso III y el particularismo castellano*, 67, nota (16).

[2] Veja-se Sánchez-Albornoz — *El «juicio del Libro» en Léon durante el siglo X y un feudo castellano del XIII* in *A.H.D.E.*, Madrid, 1924, 382-387; A. Otero — *El Códice Lopez Ferreiro del Liber Iudiciorum (Notas sobre la aplicación del Liber Iudiciorum y el carácter de los Fueros Municipales)* in *A.H.D.E.*, Madrid, 1959, 557-573.

[3] Existiam, com certeza, exemplares do Código nas abadias de Leça, Rio Tinto e Pendorada e, provavelmente, em Cesar e Vairão. Mas — como acentua José Mattoso — sendo Cesar, Rio Tinto e Vairão mosteiros bastante humildes é de presumir que muitos outros o possuíssem. (Cfr. José Mattoso — *A Cultura Monástica em Portugal* (711-1200) in *Arquivos de História da Cultura Portuguesa*, Vol. III, Lisboa, 1970, n.º 2, 31, e *Le Monachisme Ibérique et Cluny*, Lovaina, 1968, 297 e segs.).

[4] *Livro Preto*, doc. CXXXVII, de 1045.

[5] Por exemplo, *D. P.*, doc. 11.

[6] Por exemplo, *D. P.*, doc. 32.

se pretende fazer valer [1]. Nalguns casos, ainda, o propósito de atestar a regularidade do negócio jurídico exprime-se, não por citação genérica ou concreta do Código Visigótico, mas pelo facto de se dizer que um dos confirmantes desse negócio, ou o próprio notário, é possuidor da *lex Gotorum* e, assim, garante a validade do acto praticado [2].

Encontram-se documentadas citações do *Código Visigótico*, por todo o século XII [3]. Todavia, a partir do início do século XIII, começam elas a escassear. A invocação do *Código* parece, ainda, verificar-se numa lei de Afonso II, de que se não conhece a data, na qual o monarca, insurgindo-se contra certas provisões emanadas do prior dos dominicanos, Soeiro Gomes, aduz, como argumento coadjuvante da sua proibição, o serem contra «*illum librum legum* qui dicit quod non recipiamus nouam legem in regno nostro *per quem librum et per quale forum debent iudicari filiis de algo Port.*» [4]. Tem-se entendido que se faz, aqui, referência à lei VIII do livro II do *Código Visigótico* [5].

Como acima se disse, nos começos do século XIII vai notar-se um progressivo desaparecimento da autoridade do Código. Vários factores para isso concorrem. No âmbito local, de há muito que a sua vigência era contrariada pela força do direito consuetudinário [6]; no geral, a

[1] Assim, *D. P.*, doc. 128: «(...) Et hoc factum meum habeat firmitatis roborem in secula seculorum *sicut scriptum est in Libro Iudicum V° titulo primo sententia III^a de donationibus eclesie datis siue famulorum meritis»;* também, doc. 206; «(...) sicut dicit *in lege Gotorum in libro V° titulo II° sententia VI^a De rebus traditis per scripturam donatis seu uenundatis».*

[2] *D. P.*, doc. 225, que se diz ter sido exarado por «Petrus Eitaz *qui lex Gotorum solet comprobare*». Aqui, com clareza, se aprecia a existente prática de se fazer uma *comprobatio* da *lex Gotorum*, com o fim de garantia. V., também, doc. 359: «(...) Petrus iudex nutjaui *qui lex gotorum confirmo»; doc.* 368: «(...) Petrus iudex aba *qui tenet lex Gotorum conf.»; D. P.*, vol. IV, t. I, doc. 211: Coniuro uos *iudices que lex Gotorum solent comprobare* (...).

[3] António Caetano do Amaral — *Para a História da Legislação e Costumes de Portugal* (ed. *Civilização)*, 211, nota (a); Gama Barros — *História*, tomo I, 6, nota (1).

[4] *P. M. H., Leges*, vol. I, 180.

[5] «Alienae gentis legibus ad exercitium utilitatis imbui et permittimus et optamus: *ad negotiorum vero discussionem et resultamus et prohibemus.* Quamvis enim eloquiis polleant, tamen difficultatibus haerent; *adeo quum sufficiat ad iustitiae plenitudinem et perscrutatio rationum et competentium ordo verborum, quae codicis huius series agnoscitur continere, nolumus sive romanis legibus, seu alienis institutionibus amodo amplius convexari».*

[6] O próprio facto de, na referida lei de Afonso II, se dizer que por aquele *liber legum* devem ser julgados os «*filiis de algo Port.*», pode ser interpretado como prova de que o Código Visigótico se aplicava, apenas, à classe nobre, aos fidalgos, enquanto que a classe popular se regia por direito consuetudinário (Cfr. *P.M.H., Leges*, vol. I nota introdutória, pág. XI).

crescente actividade legislativa dos monarcas e o início da recepção do direito romano irão suplantar a *lex Gothorum*.

4. *Costume. Foros ou estatutos municipais.* Por mais de uma vez se falou já do *porquê* da enorme expansão das formas consuetudinárias, neste período — necessidade espontânea de criação do Direito, por parte de sociedades que se acham entregues a si mesmas. Por isso — pela sua espontaneidade e origem — os povos arreigam-se, firmemente, aos seus costumes. Actualmente as populações não sentem um tão vivo apego ao Direito, porque não é por elas criado; compreende-se, porém, que quando esse Direito é criação directa dos povos, ele passa a constituir algo que, cuidadosamente, se procura preservar [1].

O Direito escrito é, então, olhado com natural desconfiança, já que, com efeito, na maior parte das vezes, ele vai surgir para contrariar formas consuetudinárias: em muitos casos, sem dúvida, para corrigir costumes menos razoáveis, mas não raro, também, para proteger ou sancionar prepotências do rei e poderosos.

A autoridade do costume, neste período, é abertamente reconhecida pelo poder central. Na concessão de forais é frequente o remeter-se para o costume da terra, para o *forum, mos*, ou *usus terrae*, e numa doação de D. Sancho I, em 1191, diz-se, expressamente — «*Qum consuetudine, que pro lege suscipitur*» [2], frase esta muito comum nos documentos do tempo.

Qual o modo de formação, de criação dos costumes medievais?

Era vário esse modo, no qual se acabavam por englobar todos os processos que não fossem de criação intencional e original de direito escrito. Assim, provinham da prática repetida de certa conduta por um determinado aglomerado populacional; de *regras* e *posturas* originadas em reuniões de vizinhos ou magistrados locais [3]; de *sentenças*

1 Assim, nos Costumes e Foros de Beja (*P.M.H.*, Leges et Cons., vol. II, 73) declara-se que «o que for procurador do Concelho deve procurar e defender as cousas do concelho e *fazer guardar sseus foros e sseus boons custumes e hussos que El-Rey nem os sseus ouenceaees nom lhes uam contra elles* e asy nas outras cousas do concelho.»

2 A expressão é tirada de S. Isidoro de Sevilha, que define o *costume* como sendo «ius quoddam moribus institutum: *quod pro lege suscipitur* quum deficit lex (...) *Etimologias*, liv. 2, cap. X, n.º 2, repetido no liv. 2, cap. III. Aliás, o próprio passo de S. Isidoro é decalcado sobre Tertuliano — «Consuetudo autem etiam in civilibus rebus *pro lege suscipitur cum deficit lex (...)*», *De corona militis*, C. 4. P.L., T. 2, col. 81.

3 Por exemplo, *Costumes e Foros de Torres Novas* (*P.M.H., vol. cit.*, 92): «(...) E os almotacees son ende juizes e que se apellam as partes que apellam para os juizes e que outra apelaçom non ha hy o *qual costume foy acordado* per afonso perez gago e Joham perez alcayde e Lourenço perez juiz per francisco tooxy e per Gil uicente e per Joham

da Cúria Régia (*costumes da côrte*) [1], de juizes municipais [2], e de juizes arbitrais (*juizes alvidros*) [3], que passavam a constituir precedente vinculativo [4] e, talvez, até, de pareceres de jurisconsultos [5].

fernandes almotace e per Joham martins ueedor testemunhas Domingos de tooxy Pero chaueiro procurador e Pero çuyaaes afonso fernandes creligo na eigreia de Santiago Bertolameu domingues uarago». Também nos *Costumes de Garvão*, comunicados de *Alcácer*, (*P.M.H., vol. cit.*, 79) se fala de «*costumes per postura que poseram*». V., ainda, (página 83) *Costumes de Terena*, comunicados de *Évora*.

1 É, no período seguinte, principalmente a partir de Afonso III que surge a conhecida expressão — «*Costume he en casa dElRey*».

2 Assim, *nos Costumes e Foros de Santarém* (*P.M.H., vol. cit.*, 35) diz-se a respeito de certas soluções — «*foy iulgado*», «*julgado foy*».

3 Eram juízes nomeados por acordo das partes — «*feytos he elegudos a prazer das partes*» — consoante se lê num diploma de Afonso III (*P.M.H., Leges*, I, 272).

4 É frequente, na doutrina histórico-jurídica, dar-se o nome de *façanhas* às sentenças, aos casos julgados que ficavam tendo força de lei, isto é, cuja doutrina se aplicava a hipóteses futuras semelhantes (por todos, Gama Barros — *História*, tomo I, 62; P. Merêa — *Lições*, Coimbra, 1923, 71 e *Lições*, Coimbra, 1925, 49; Braga da Cruz — *Lições*, 293, restringindo, aliás, a expressão aos casos julgados dos tribunais arbitrais).

Discute-se, no entanto, o exacto conceito de façanhas (cfr. José Anastásio de Figueiredo — *Memória sobre qual seja o verdadeiro sentido da palavra Façanhas* (...) in *Memórias de Literatura Portuguesa*, Tomo I, Lisboa, 1872, 61 e segs.; A. Pimenta — *Fuero Real de Afonso X, o Sábio — Versão Portuguesa do século XIII*, Lisboa, 1946, s.v. *Façanhas*, 335 e segs.). Ainda que, aqui, se não possa desenvolver a questão, talvez seja de convir nos seguintes resultados. Julgar por *façanhas*, seria julgar *por exemplos*, isto é, julgar de acordo com a solução adoptada num caso exemplar, que é tomado como paradigma. Todavia, segundo parece, estas façanhas podiam ou não ser sentenças judiciais, casos julgados. (A façanha mencionada nos *P.M.H.; Scriptores, Livros de Linhagens*, IV, 358 é, precisamente, um caso de façanha, gerada a partir de uma solução dada pelo interessado e não por sentença). O que terá acontecido é que os reis, a pouco e pouco, vão reduzindo a possibilidade de julgar por *façanhas, por exemplos*, que não sejam casos julgados e, enfim, só se consentirá quando se tratasse de sentenças dadas pelo rei ou por ele confirmadas. Cabe ainda dizer que esta terminologia de *façanhas*, muito frequente em Castela, não teve grande consagração no vocabulário jurídico português, da época. Veja-se, porém, o treslado da avença e concórdia feita entre Afonso IV e o infante D. Pedro, em 1356, onde se diz que o «Iffante lhy fosse obediente como filho (...) e fizesse por el o que filho e vassalo he theudo fazer e guardar per dyreyto *e per boons costumes e boas façanhas*» (*Documentos do Arquivo Histórico da Câmara Municipal de Lisboa — Livros de Reis* — I — Lisboa, 1957, doc. n.º 36, 119). Verificamos que Juan Garcia González — *Notas sobre fazañas* in *A.H.D.E.*, T. XXXIII, Madrid, 1963 (mas só publicado em 1966) chega, também, à conclusão de que a *façanha*, sendo um exemplo, pode proceder de um facto distinto de sentença. Parece-nos, todavia, inaceitável a afirmação do autor de que as façanhas não constituíam fonte imediata de direito.

5 Na verdade, no período seguinte (Afonso III), mas sendo de presumir que se não tratava de realidade nova, encontram-se as expressões do seguinte teor — «*Item he direito per cantorem elborensem e custume (...)*»; «*Item he custume per cantorem elborensem (...)*»; «*Item he custume ipsius cantoris (...)*»; «*Item he custume per ipsum*

No que diz respeito ao âmbito de aplicação são, no comum dos casos, estes costumes, *locais:* cada povoação tem os seus *costumes*, os seus *foros* [1]. Mas, por detrás desta diversidade existe, inegavelmente, — como já se disse — um fundo comum, uma relativa unidade.

Além disso, o particularismo consuetudinário não exclui que se possa fazer menção de autênticos costumes *gerais* de origem popular, aplicáveis, assim, em todo o Reino [2]; igual campo de aplicação possuem, muitas vezes, os chamados *costumes da Côrte* [3].

As normas consuetudinárias locais, desta época, são hoje conhecidas porque, no período seguinte, em especial na segunda metade do século XIII e inícios do XIV, foram objecto de codificação, de redução a escrito. Deste modo, embora tais foros tenham sido compilados num período que, de momento, nos não interessa, são utilizáveis, já que se servem de material consuetudinário muito mais antigo.

Quanto ao seu conteúdo, se examinarmos os, aliás, pouco numerosos *foros e costumes municipais* que chegaram até nós [4], verificaremos que, de um modo geral, são pequenos códigos que se propõem abarcar toda a vida local, quer de carácter jurídico-público, quer privado.

5. *Cartas de privilégio. Forais.* Chamam-se *cartas de privilégio* os diplomas outorgados pelo monarca, ou por quem goze de poderes de direito público, concedendo um regime especial, de favor, a certa pessoa ou agrupamento de pessoas; falta, pois, a esses diplomas o carácter de generalidade que, para muitos, é atributo da lei.

cantorem elborensem e de direito (...)»: e, talvez, no tempo de D. Dinis ou D. Afonso IV, aparece — *«Item he custume per magistrum Juliannũ e per magistrum Petrum»*. Pode, todavia, duvidar-se sobre se esta actividade do chantre de Évora e de Mestres Julião e Pedro era *doutrinal* ou *jurisdicional.*

1 Na doutrina do país vizinho, veja-se Juan Antonio Sardina Paramo — *El concepto de Fuero — Un analisis Filosofico de la Experiencia Juridica*, Santiago, 1979.

2 Por exemplo, *Costumes e Foros de Santarém*, 20: *«Custume de todo Reyno* he que sse muytos hymos a huma tençon e huum de nós mata alguem que o que mata fique pera justiça e os outros por omeziães»; *Costumes e Foros de Beja*, 60: *«Costume he de beia e todo o reyno* que a carrega comprida é da besta caualar e a meya carrega he da besta asnal».

3 Mas nem sempre. Assim, *Livro das Leis e Posturas*, fl. 72. v., 1.ª col. (ed. Fac. de Direito de Lisboa, 1971, 224): «Costume he en casa dElRey *mays non alhur* ergo se he costume en alguũ logar que o chamado sobre cousa nom moujl aia tempo de IX. dias e sobre cousa moujl de tres dias».

4 Os *foros e costumes municipais portugueses* podem consultar-se na *Collecção de Livros Inéditos de História Portuguesa*, Tomos IV e V e nos *P.M.H., Leges et Consuetudines*, vols. I e II.

Dentro das *cartas de privilégio*, apresentam particular interesse as chamadas *cartas de foral* ou, simplesmente, *forais* [1], diplomas que, aos habitantes de determinada terra, pré-existente, ou a fundar, concediam certas regalias, principalmente de carácter fiscal e administrativo. Um primeiro tipo de foral, simples e rudimentar, é aquele que, muitas vezes, por necessidade estratégica, impele reis ou senhores a privilegiar todos os que acorressem a habitar e cultivar certas terras que, com frequência, se situam em locais que oferecem riscos, como, por exemplo, na linha fronteiriça. É este tipo de foral denominado *carta populationis, carta de povoação:* o rei ou senhor concedia terrenos para cultivo e regalias aos povoadores e estes, em contrapartida, ficavam adstritos ao pagamento de certos tributos.

Outro tipo de foral — mais tardio — não tem já como fim principal o de favorecer o povoamento de uma terra, mas sim o de definir os direitos e deveres colectivos dos habitantes de uma povoação, frente à entidade concedente, o de estatuir ou fixar o direito público local [2] ou, pelo menos, certos aspectos desse direito público. Não pode porém — como pretendeu Herculano — incluir-se no conceito de foral a característica de ser uma carta constitutiva de município [3]; e não pode, porque há concelhos que não têm foral ou só o recebem em fase adiantada da sua evolução e, ainda, porque forais há que não têm subjacente organização municipal.

Disse-se acima que o foral fixava o direito público local ou, pelo menos, certos dos seus aspectos; na verdade, geralmente só têm assento no foral os pontos que tinham interesse para as relações entre a entidade concedente e os habitantes da terra. Tudo o mais — caso de se tratar de concelho — que diga respeito a organização municipal, ao exercício das magistraturas, não é contemplado no foral [4].

Qual, então, o normal conteúdo de uma carta de foral? Pode dizer-se que nela se encontram disposições relativas a impostos, a composição e multas devidas pela prática de crimes, a deveres de serviço militar, à conservação da paz na povoação e à garantia de

1 Consulte-se, nesta matéria, Almeida Costa — v. *Forais* in *Dicionário de História de Portugal*, 279-281; Marcello Caetano — *História* (1981), 235-239.

2 Herculano — *História*, Tomo IV, 42 e 45.

3 Herculano — *ob.* e tomo *cits.*, 52.

4 Herculano — *ob. cit.*, 42: «(...) os cargos municipais, o methodo de se proverem, as suas atribuições, tudo enfim o que pertence exclusivamente à economia interna, que não prende de algum modo aquella pequena sociedade à sociedade universal, apenas figura na respectiva carta de modo indirecto: e por isso de nenhum d'esses diplomas, tomados separadamente, se podem conhecer os caracteres da organização municipal».

inviolabilidade do domicílio (paz da casa), aos encargos e privilégios de cavaleiros e peões, etc.[1].

Estes forais, concedidos por iniciativa do rei ou senhor, ou a pedido dos interessados, vão multiplicar-se. Não se pense, todavia, que a multiplicidade de *forais* concedidos, nesta época, corre paralela à sua originalidade. Os forais não variavam, no seu conteúdo, indefinidamente, tendendo, pelo contrário, a formar certos *padrões* ou *tipos*, ditados por condicionalismos geográficos ou económicos, e até pelo próprio desejo do poder central de introduzir certa uniformidade, que se sobrepusesse ao particularismo consuetudinário. Não raro, o monarca adopta como modelo um anterior foral *português* (v.g. foral de Santarém[2], ou *leonês*, v.g. forais de Salamanca[3], de Ávila[4]) para o conceder a outra povoação. Este facto permite que, tendo em atenção esses grupos ou famílias, se possa tentar uma classificação de concelhos. Herculano — ponderando o aspecto da existência, ou não, de magistraturas locais, com certas características, e de *cavaleiros-vilãos* e *peões* — classificou os concelhos em *rudimentares*, *imperfeitos* e *completos ou perfeitos*.

Nos *rudimentares*, existe um magistrado administrativo ou fiscal próprio *(mordomo, vigário)*, mas não há magistrado judicial; nos *imperfeitos* (que Herculano subdivide em sete géneros) existe magistratura judicial própria, mas a organização é incompleta[5]; enfim,

1 P. Merêa, *Lições*, (1925), 51.

2 O foral do «tipo de Santarém» foi, como se sabe, concedido em 1179 àquela cidade, a Lisboa e a Coimbra, discutindo-se, actualmente, se a prioridade terá cabido a Santarém — opinião defendida por Rui de Azevedo — ou a Coimbra — ideia de T. de Sousa Soares; parece mais fundada a primeira opinião, (cfr. Ruy Pinto de Azevedo — *O foral de Santarém, de Maio de 1179, padrão de forais de Lisboa e Coimbra da mesma data*, in *Actas do Congresso Histórico de Portugal Medievo*, tomo I, Braga, 1963, 66.

3 Concedido na Beira, principalmente central, e também no Além Douro, na zona de Trás-os-Montes, irradiando, todavia, para outras regiões, nomeadamente para o Alto Minho (cfr. Herculano — *ob. e loc. cits.*, nota (2) da pág. 126). V. por exemplo, foral de Trancoso; «(... facimus uobis cartulam sicut et fecimus per scripturan et preceptum nostrum firmiter teneatis *ut habeatis foro bono sicut habent homines de Salamanca...)*».

4 Também chamado de Évora, porque, tendo sido dado a esta cidade, a ela se referem muitas vezes os posteriores forais. Foi concedido, principalmente, no Alentejo, embora a sua influência chegue, também, à Beira Baixa e margem do Côa (cfr. Herculano — *ob. e loc. cits.*, nota (1) da pág. 127); por exemplo, o *foral de Évora*, de 1166: «(...). *Damus uobis forum et costume de Auila* tam presentibus quam futuris (...); *Do uobis foro et costume de Elbora* tam presentibus quam futuris (...)». Veja-se Marcello Caetano — *Os forais de Évora*, Évora, 1969.

5 Herculano — *História*, tomo IV, 74: «Se, portanto, os rudimentaes se caracterizam por um facto positivo e outro negativo, a existência de magistratura administrativa ou fiscal própria e a falta de jurisdição, os imperfeitos igualmente se determinam por dois factos, a existência da jurisdição particular, e a falta de organização completa».

nos concelhos perfeitos (subdivididos em quatro tipos) existe uma magistratura colegial com funções jurisdicionais plenas (dois ou mais *juizes, alvazis* ou *alcaldes*, eleitos pelos vizinhos do concelho) e a população, encontra-se dividida em duas classes — a dos *cavaleiros-vilãos* e a dos *peões*[1].

Posteriormente, Torquato de Sousa Soares apresentou uma classificação, em que, aliás, se têm em atenção características apontadas por Herculano, mas em diferente combinação. Assim, para Sousa Soares, os concelhos onde existem, apenas, *peões*, são os concelhos *rurais;* aqueles onde já existem cavaleiros-vilãos, e que têm organização mais perfeita são denominados concelhos *urbanos*. No entanto, diz ainda o mesmo Autor, há «outros forais que apresentam, como característica constante a existência de dois magistrados como os mais altos funcionários municipais, magistrados esses que, ou são denominados juizes ou alcaldes ou alvazis, ao passo que a população está dividida em duas classes (cavaleiros e peões), ou é apenas constituída por jugadeiros»[2]. É a estes concelhos que Sousa Soares dá a designação de *distritais*.

Cabe aqui, no entanto, uma observação que costuma ser feita e parece pertinente: é a de que, como se disse, estas classificações, mais que classificações de *forais*, são, sim, de *concelhos*. Nem, aliás, com diferente intenção são apresentadas pelos seus autores.

6. *Leis da Cúria de Leão e dos Concílios de Coiança e Oviedo. Leis gerais dos monarcas portugueses.* Em 1017, Afonso V convocou, em Leão, uma *cúria extraordinária*[3], onde promulgou cerca de cinquenta capítulos *(decreta)* relativos a problemas de administração e à con-

1 *Cavaleiros-vilãos* eram indivíduos livres, não-nobres que, por virtude de possuirem um certo património, eram obrigados a ter cavalo e armas, alcançando, em contra partida, numerosos privilégios e isenções de carácter fiscal. Os *peões*, classe inferior, formavam a restante população livre do concelho.

2 T. de Sousa Soares — *Apontamentos para o estudo da Origem das Instituições municipais*, 49 e segs.. *Jugadeiros* eram os peões, que ao contrário dos cavaleiros-vilãos, pagavam um imposto predial denominado *jugada*.

3 A cúria é um órgão consultivo do rei que o assiste na sua actividade legislativa e administrativa e que tem funções jurisdicionais. Tem a *cúria* as suas sessões ordinárias *(cúria ordinária)*, em que se apreciam assuntos correntes; quando se trate de problemas considerados mais graves, acerca dos quais o rei julgue necessário convocar um maior número de magnates, vindos de todo o Reino, haverá, então, uma sessão *extraordinária* (cúria *extraordinária* ou *plena)*. V. Sánchez-Albornoz — *La Curia Regia Portuguesa, Siglos XII e XIII*, Madrid, 1920; P. Merêa — *O Poder Real e as Côrtes*, Coimbra, 1923 e Nilda Guglielmi — *La Curia Regia em Léon y Castilla* (I) in *Cuadernos de História de España*, t. XXIII-XXIV, 116-267 e *La Curia Regia* (II) nos mesmos *Cuadernos*, t. XXVIII, 43-101.

dição das pessoas: foram, em seguida, estes decretos incluídos no *fuero* concedido à cidade de Leão. Ora — e o facto tem para nós especial interesse — os primeiros dezanove *decreta* dessa Cúria, os que, precisamente, contêm disposições de carácter geral, encontram-se num cartulário da Sé de Braga (conhecido pelo nome de *Liber Fidei*), o que bem denota a sua aplicação no território portugalense.

Oferecem, ainda, interesse para a História do Direito Português, dois concílios [1] leoneses — o de *Coiança*, convocado por Fernando I, em 1050 [2], e o de *Oviedo*, em 1115, reunido ao tempo de D. Urraca.

As leis de Coiança — cujo capítulo VIII se refere, expressamente, à sua aplicabilidade em Portugal [3] — vamo-las achar encorporadas num outro cartulário (*o Livro Preto* [4], da Sé de Coimbra) o que de igual modo, faz presumir a sua efectiva vigência no nosso território. Quanto às leis do *Concílio de Oviedo*, foram elas juradas e confirmadas por D. Teresa e Afonso Henriques [5].

Como se teve já ocasião de dizer, foi muito restrita a actividade legislativa dos nossos primeiros reis.

De D. Afonso Henriques temos, apenas, indirecto conhecimento de uma lei relativa às barregãs dos clérigos: na verdade, nalguns documentos pontifícios faz-se referência a uma lei de Afonso Henriques, na qual se determinava a prisão de qualquer mulher que fosse

[1] Não é fácil distinguir cúrias *extraordinárias* e *concílios*, no reino de Leão. Em princípio, a *cúria extraordinária* é uma assembleia política, temporal, enquanto que o *concílio* é uma assembleia eclesiástica. A dificuldade de caracterização está no facto de os bispos participarem da *cúria extraordinária*, do mesmo modo que podem *leigos* participar de *concílios*. O critério da qualidade da autoridade que convoca a reunião não é decisivo, pois foi frequente pertencer a convocação de concílios a autoridades temporais. Deste modo, segundo parece, o único critério possível está no «caracter de la authoridad eclesiastica o secular que originariamente promulga los acuerdos y la natureza espiritual o civil de las sanciones que han de aplicarse a los contraventores». (Cfr. Garcia Gallo — *El Concilio de Coyanza — Contribucion al estudio del Derecho canonico español en la Alta Edad Media*, Madrid, 1951, 88, separata do *A.H.D.E.*, Tomo XX, 1950).

[2] Sobre este concílio, além do estudo de Garcia Gallo referido na nota anterior, veja-se, ainda, a obra colectiva *El Concilio de Coyanza (Miscelanea)*, Léon, 1951.

[3] Tenha-se, no entanto, presente haver quem opine que a referência a Portugal, nesse capítulo VIII, não existiria no texto primitivo. (A. Caetano do Amaral — *Mem. de Liter. Port.* Vol. VII, nota 187, pág. 149; J. P. Ribeiro — *Dissertações Chronológicas*, Tomo IV, Parte I, Dissert. X, 28 nota (1). Cfr. Damião Peres — *Como Nasceu Portugal*, 47; Merêa — *Historia e Direito*, 202).

[4] O *Livro Preto* foi recentemente impresso em três volumes, edição crítica de Avelino de Jesus da Costa, Leontina Ventura e M. Teresa Veloso, Coimbra, 1977, 1978 e 1979.

[5] *P.M.H., Leges*, vol. I, 140 e 142.

encontrada com clérigo [1]. De D. Sancho I conhecemos uma provisão respeitante aos deveres militares dos clérigos e à concessão de certos privilégios: no tocante a deveres militares, consagrava-se uma prática isenção de que se exceptuava o caso de invasão muçulmana [2].

Todavia, com Afonso II, principalmente por ocasião de uma *cúria extraordinária*, reunida em Coimbra, no início do seu reinado, vão ser promulgadas diversas leis gerais. É muito importante a legislação desta cúria. Em primeiro lugar, porque — vê-lo-emos em seguida — se coloca, e resolve, o problema de possível conflito entre o *direito canónico* e as *leis do Reino;* em segundo lugar, porque se começa a ver o monarca reagindo perante *costumes* que considera pouco razoáveis, tentando regulamentá-los ou substituí-los [3]; em terceiro lugar, porque, também, nalgumas destas leis, se parece notar, já, *influência do direito romano justinianeu.*

Se, do tempo de Afonso II, chegaram até nós numerosas leis, o mesmo se não pode dizer do reinado seguinte; com efeito, não se conhece nenhuma lei de D. Sancho II.

7. *Concórdias.* Importante fonte de direito são, igualmente, as *concórdias* e *concordatas* que representavam a solução dada, mediante acordo, a desavenças geradas entre o rei e o clero em vista à definição e reconhecimento de recíprocos direitos e obrigações. Tão depressa se

[1] Em *P.M.H., Leges*, vol. *cit.*, 161, a notícia de existência dessa lei é-nos dada pela transcrição de passos de duas bulas de Gregório IX — *a Ex Speciali* e a *Si quam horribile:* «ut mulier cum qua invenitur clericus, capiatur» *(Ex speciali);* «ut mulier capiatur, cum qua persona eclesiastica reperitur» *(Si quam horribile).* Mas já em anteriores letras de Honório III, de 16 de Janeiro de 1224, se faz referência a tal lei: «Praeterea pretextu cuiusdam constitutionis quam fecisse dicitur avus eius videlicet, *quod si clericus inveniretur cum muliere aliqua, muliere caperetur* (...)». Estas letras de Honório III podem ver-se em D. de Sousa Costa — *Mestre Silvestre e Mestre Vicente, juristas da contenda entre D. Afonso II e suas irmãs*, Braga, 1963, nota (218), 114 e segs. e em Demetrio Mansilla — *La documentación pontificia de Honorio III (1216-1227)*, Roma, 1965, *doc. 489*, 356-359.

[2] *P.M.H., Leges*, 162: «concedo firmiter omnibus clericis regni mei tam prelatis quam aliis ut nunquam uadant in fossatum neque in aliquam aliam expedicionem, *nisi contra mauros si uenerint super regnum nostrum* (...)». Veja-se, no mesmo loc., uma provisão de igual sentido, enviada, em particular, ao bispo, cabido, cidadãos e clero do Porto, e, em geral, aos de todo o Reino.

[3] *P.M.H., Leges*, lei II da Cúria de 1211, 164: «*Maao costume dantigo soya seer assy en Coinbra como en todalas vilas de nossa estremadura come en todalas partes do rreyno* que assi nós come aqueles que de nós tinham terras ou alcaydarias leuauam de todalas cousas de comer que uendessem a terça parte (...). *A qual cousa pera todo senpre estabelecemos que nam valha. Estabelecemos que (...) non leuem as cousas sobreditas segundo o costume sobredito.* Mais conprem ssas cousas segundo dereyta estimaçon assy como as conprarem os vezinhos (...)».

queixava o rei de que o clero invadia a jurisdição temporal, como se queixava o clero de que não era respeitada a jurisdição eclesiástica. Essas *concórdias* podiam provir de acordos celebrados entre o rei e o clero nacional ou, então, ser directamente negociadas com o Papado — e, neste caso, têm a designação de *concordatas*.

No período de que nos ocupamos, registam-se já concórdias, segundo parece, no tempo de Sancho I, de Afonso II, e no de Sancho II [1].

8. *Direito Canónico.* Quando das grandes invasões bárbaras que tinham provocado a derrocada do império romano, a única realidade institucional que permanece é a Igreja que irá formar um elo entre os tempos antigos e os medievais.

Como sociedade, tem a Igreja direito próprio, que regulamenta a sua organização, bem como disciplina as relações do clero e fiéis.

Tinha este direito da Igreja — *o direito canónico* — fontes de diversa ordem: preceitos da *Sagrada Escritura*, a *Tradição*, revelada, nomeadamente, por *textos patrísticos*, *Canones* de Concílios e decisões dos Papas, em especial, *Decretais* [2].

No que diz respeito à península, no tempo da monarquia visigótica, haviam-se revestido de grande importância os *concílios nacionais* de Toledo, deliberando, aliás, sobre matéria temporal, além da eclesiástica; essa importância, ainda que em menor grau, verificar-se-á, também, nos *concílios* dos Reinos da Reconquista.

Durante muito tempo, até ao século XI, as Igrejas hispânicas vivem relativamente à margem da direcção de Roma [3]. Esse facto — aliado, ainda, ao de não existir uma compilação geral e sistemática do direito canónico — faz com que se formem *colecções de âmbito regional*, que vêm a possuir grande autoridade: assim, aparecem, devidos a S. Martinho de Dume [4], os *Capitula Martini*, aprovados no

1 Acerca das desavenças entre a Coroa e o Clero, e subsequentes concórdias, para além da sempre fundamental *História* de Herculano, deve consultar-se A. D. Sousa Costa — *Mestre Silvestre e Mestre Vicente, cits.*. Deste mesmo Autor, veja-se, ainda, *As Concordatas Portuguesas*, in *Itinerarium*, n.º 51, 1966, 24-46.

2 Veja-se, por exemplo, A. Stickler — *Historia Iuris Canonici Latini — Institutiones Academicae* — I — *Historia Fontium*, Turim, 1950, 9 e seguintes; Van Hove — *Prolegomena*, Mel.-Roma, 1945, 62 e segs.; Kurstscheid — Wilches — *Historia Iuris Canonici*, I, *Historia Fontium*, Roma, 1943, 40 e segs.

3 Pode ver-se uma síntese em Sánchez-Albornoz — *España*, tomo I, 353 e segs.

4 Com ligação aos aspectos jurídicos, veja-se Braga da Cruz — *A obra de S. Martinho de Dume e a legislação visigótica*, Braga, 1952 *(separata de Scientia Iuridica*, Ano I, 1952).

segundo Concílio Bracarense, de 572 [1] e, de maior interesse, a *Colectio Hispana Chronologica*, do século VII, também, depois do século IX, denominada *Isidoriana*, por ter sido atribuída a sua autoria a S. Isidoro de Sevilha [2]. Aliás, encontram-se os *Capitula Martini* reproduzidos na *Collectio Hispana*.

Mas, como se disse, no século XI, a partir de Afonso VI, as Igrejas hispânicas vão estar mais directamente sujeitas a Roma, e é logo no século seguinte, entre 1140 e 1142, com possibilidade na primeira destas datas, que surge uma codificação e harmonização de todo o vasto material canónico que até então se encontrava disperso. Essa codificação — *a «Concordia discordantim canonum»*, cedo conhecida por *«Decretum»* [3] foi efectuada por Graciano, monge em Bolonha e mestre de Teologia, vindo a ter, em toda a Europa, extraordinária difusão. Como o próprio nome original da obra o indica, foi escopo principal de Graciano o de conciliar, pôr em *concórdia*, as várias fontes de direito canónico que pareciam em contrariedade, que se apresentavam *discordantes*.

Para isso, seleccionava as fontes *(auctoritates)*, fazendo-as seguir de comentários seus *(dicta)*, em que propunha a conciliação.

A superação das contradições, consideradas, somente, aparentes, inspirava-se nos seguintes critérios:

a) *ratione significationis*, quando se tentava a concórdia com fundamento no espírito das normas:
b) *ratione temporis*, fazendo ver a época diferente do aparecimento das normas em contraste, e aplicando o princípio de revogação da norma anterior pela posterior;
c) *ratione loci*, pondo em evidência o âmbito territorial das normas, e concluindo que a norma particular derroga a geral;
d) *ratione dispensationis*, fazendo ver que as normas em contrariedade se mantêm em vigor, mas que uma delas vem introduzir excepção [4].

1 Na matéria, veja-se *El Concilio de Braga y la funcion de la legislación particular en la Iglesia*, Salamanca, 1975.

2 A crítica moderna vinha considerando falsa tal atribuição de autoria. Ela é, porém, retomada com vigor e aparato crítico, por G. Martinez Diez — *La Coleccion Canonica Hispana*, vol. I, Madrid, 1966, 257 e segs.

3 Sobre as dúvidas que existiram quanto à exacta denominação da obra, veja-se, em síntese, Pablo Pinedo — *En torno al titulo del Decreto de Graciano «Decretum seu Concordia Discordantium Canonum»*, separata de *A.H.D.E.*, Madrid, 1955.

4 Calasso — *Medio Evo del Diritto — I — Le Fonti*, 397-398. Sobre o direito

Cedo deve ter havido, em Portugal, conhecimento do *Decretum* de Graciano. Já no testamento de D. Fernando Martins, bispo do Porto, que faleceu em 1185, se encontra, num legado, menção do *Decretum* e de uma *Summa*, sobre ele efectuada [1]; e, num outro documento de 1195, faz-se referência a um «*Magister Decretista* Petrus, que noviter venerat a Romana Curia (...)» [2], isto é, a um mestre formado em *Decretum* ou *Degredos*, como se dizia no português da época.

No entanto, no capítulo de *direito canónico*, o documento mais importante desta época é, sem dúvida, o que parece ser o conteúdo de uma já aludida lei da Cúria de 1211 em que se resolve o importantíssimo problema de saber qual norma se deve aplicar no caso de conflito entre o *direito canónico* e as *leis do rei*.

Diz-se, nessa lei, com referência a Afonso II, que «(...) *Outrosy estabeleceo que as sas leys sseiam guardadas e os dereytos da Santa egreia de Roma conuem a ssaber que sse forem feitas ou estabeleçudas contra eles ou contra a Santa egreia que nom ualham nem tenham*» [3].

Assim, após se marcar o princípio de uma simultânea vigência dos direitos canónico e régio, determina que, na hipótese de conflito, as leis do rei «*nom ualham nem tenham*». Estas soluções conformavam-se, aliás, com a prevalecente doutrina da época, que também tinha assento no *Decreto* de Graciano [4].

canónico, nesta época, pode, também, ver-se de G. Le Bras, Ch. Lefevre e J. Rambaud, o tomo VII da *Histoire du Droit et des Institutions de l'Eglise en Occident*, intitulado *L'Age Classique (1140-1378) — Sources et Theorie du Droit*, Paris, 1965.

[1] «Mando Portugalensi ecclesiae *decreta mea* et institutiones et autenticam et nouellam sicut sunt in uno uolomine et *summam decretorum* et institutionum et codicis siti in alio volumine (...)». O testamento acha-se no *Censual do Cabido da Sé do Porto*, Porto, 1924, 385-386; mais recentemente foi reproduzido por Almeida Costa — *Para a História da Cultura Jurídica Medieva em Portugal*, Coimbra, 1959, 11 (separata do *B.F.D.C.*, vol. XXXV) e por D. de Pinho Brandão — *Teologia, Filosofia e Direito na Diocese do Porto nos séculos XIV e XV*, Porto, 1960, 99 (separata de «*Studium Generale*»). Também no testamento do Arcebispo de Braga, D. Estevão Soares, de 1228, se faz um legado de «*tria paria decretorum*», cfr. Almeida Costa — *ob. cit.*, 12.

[2] Citado em João Pedro Ribeiro — *Memória sobre qual seja a época da introdução do Direito das Decretaes*, 7.

[3] *P.M.H., Leges*, tomo I, 163-164.

[4] Assim, nos canones da *D. (istinctio) X*, nomeadamente *C. (anon)* 4; igualmente a *escola dos glosadores* (adiante se dará o entendimento desta expressão) afirmava que «*succumbit ergo lex canoni ubi est ei contraria*». Note-se que, aqui, a *lex* é o *direito romano*. A interpretação da lei de Afonso II, exposta no texto — e que é a tradicional — foi posta em dúvida por Braga da Cruz, que veio defender que «as *leis pátrias* só não valeriam contra os *canones* que estabelecessem especiais privilégios em favor da Igreja; mas nada obstaria à sua aplicação, de preferência ao *direito canónico*, nos casos de mera diversidade de regulamentação dada pelos dois direitos a problemas jurídicos idênticos». (*O direito subsidiário na história do direito português*, Coimbra, 1975, separata da *Revista Portuguesa de História*, tomo XIV, 188, nota 16). Procurámos responder a esta nova interpretação em *Sobre a lei da Cúria de 1211 respeitante às relações entre as leis do Reino e o direito canónico* (*Revista Jurídica*, n.º 1, *Ass. Acad. da Fac. de Dir. de Lisboa*, Dez./Maio de 1979, 13 e segs.). A posição de Braga da Cruz também não foi aceite por António Hespanha — *História*, 182, nota (327).

Após o aparecimento do *Decretum*, vai assistir-se a uma contínua e abundante produção de *Decretais*, denominadas *Extravagantes*, (porque *extra Decretum vagabantur)* que, a breve trecho, faz surgir a necessidade da sua compilação. A síntese desse esforço compilatório vai ser a promulgação das *Decretais de Gregório IX*.

No entanto, entre o *Decretum* e estas *Decretais*, cabe fazer referência às colecções que vieram a constituir a base da obra sancionada por Gregório IX: essas colecções são as chamadas *Quinque Compilationes Antiquae*. A *Compilatio I antiqua*, deve-se a Bernardo de Pavia e terá sido concluída em 1191; a *Compilatio II*, é da autoria de João Galês e recolhe decretais até ao ano de 1198 [1]; a *Compilatio III* (que, ao contrário das duas anteriores, é oficial), foi elaborada por Pedro Collivaccino, sob a égide de Inocêncio III, e contém decretais deste Pontífice, situadas entre 1198 e 1210; a *Compilatio IV*, possivelmente de Alano ou de João Teutónico, aparecida em 1220, recolhe decretais de 1210 a 1216, e, ainda, os *Cânones do IV Concílio de Latrão* de 1215; enfim, a *Compilatio V* (que é oficial) reproduz decretais de Honório III, até 1226.

É em 1234, com Gregório IX — que encarregou o dominicano Raimundo de Penhaforte do trabalho de codificação das *Decretais* saídas após o *Decretum* — que surgem as chamadas *Decretais de Gregório IX*, igualmente conhecidas pela designação de *Liber Extravagantium*, ou, simplesmente, *Liber Extra* [2]. À semelhança do que acon-

[1] Também se encontra menção da *Compilatio I* e da *II* no já referido testamento de 1228, do Arcebispo de Braga, D. Estêvão Soares. Aí se lê: «(...) et mando ei (...) *decretales primas et medias* (...)». Dava-se, na verdade, à *Compilatio II*, o nome de *mediae* ou *secundae decretales*.

[2] E, também, no século XIII, comentando as várias compilações, que, em Bolonha, alcança grande notoriedade uma plêiade de canonistas portugueses — Pedro Hispano, Silvestre, João de Deus e Vicente Hispano. Vejam-se Antonio Garcia y Garcia — *Estudios sobre la Canonistica Portuguesa Medieval*, Madrid, 1976; Ana Maria B. de Lima Machado — *Vicente Hispano. Aspectos biográficos e doutrinais*, Lisboa, 1965, sep. de *Bolet. do Ministério da Justiça*, n.º 141 (Dezembro, 1964), 5-115 e n.º 142 (Janeiro, 1965), 23-115; A. D. de Sousa Costa — *Um Mestre Português em Bolonha no século XIII, João de Deus — Vida e Obras*, Braga, 1957 e *Mestre Silvestre e Vicente, cit.*; Isaías da Rosa Pereira — *O Canonista Petrus Hispanus Portugalensis*, Lisboa, 1968 (separata de *Ar-*

tecera com a *Compilatio I*, vão também as *Decretais de Gregório IX* adoptar uma divisão em cinco livros:

— o primeiro, continha normas respeitantes à jurisdição eclesiástica;
— o segundo, tratava do processo canónico, em geral;
— o terceiro, da situação jurídica do clero regular e secular;
— o quarto, de esponsais e casamento;
— o quinto, de delitos e penas canónicas [1].

Era o direito canónico aplicado nos tribunais *eclesiásticos* e *civis*. Nos tribunais *eclesiásticos*, era ele aplicado, quer em *razão da matéria* (caso, por exemplo, de *matéria sacramental*, em que eram frequentes as questões relativas ao *casamento*), quer em *razão da pessoa* (hipótese, principalmente, de *clérigos* que gozavam de foro eclesiástico). Nos tribunais *civis*, de acordo com a já citada lei da Cúria de 1211 — que não terá alcançado grande efectividade — o *direito canónico* impor-se-ia ao próprio *direito régio*. Em tempos posteriores, haverá tendência em aceitar o *direito canónico*, subsidiariamente, sempre que «*agebatur de pecato*», isto é, em matérias que envolvessem pecado.

quivos de História da Cultura Portuguesa, vol. II, n.º 4); A nacionalidade portuguesa de Mestre Vicente aceite, hoje, por todos os historiadores do direito canónico — com excepção de alguns espanhóis — parece indiscutivelmente provada por documento citado em Kuttner (*Wo war Vincentius Hispanus Bischof?* in *Traditio*, 22 (1966), 471-474) referido em apêndice da última citada obra de Sousa Costa. E aceite, agora, também, por V. Beltrán de Heredia — *Cartulario de la Universidad de Salamanca* (1218-1600), II, Salamanca, 1970, 98, nota 94. Sem atender ao estudo de Kuttner, Rafael Gibert — *Elementos Formativos del Derecho en España-Germanico, Romano, Canonico*, Granada, 1975, 108, continua a considerar Mestre Vicente, como espanhol.

[1] Esta sistemática (que parece ter influenciado a das *Ordenações Afonsinas* e seguintes) era resumida na Idade Média, pela seguinte mnemónica — *judex, judicium, clerus, connubia, crimen*.

II

PERÍODO DE INFLUÊNCIA DO DIREITO COMUM

(1248-1750)

I

ÉPOCA DE RECEPÇÃO DO DIREITO COMUM

(1248-c. 1447)

1. *O afastamento de Sancho II. «Sacerdotium», «Imperium» e «Regna» no pensamento medieval.* Não foi de paz civil o reinado de D. Sancho II. À situação de discórdia, com o clero, que herdara de seu pai, vão acrescer as violências, abusos, guerras privadas que os senhores, leigos e eclesiásticos, entre si, mantêm; não se esqueça, ainda, que parte da classe nobre e eclesiástica, adversa ao monarca, tem interesse em que a insegurança e desordem do reino prossigam, para melhor fundamentar um pedido de intervenção do papa, no sentido de pôr termo à caótica situação existente. É o que vai acontecer.

Frente às queixas provindas de Portugal, Inocêncio IV, que então presidia à Cristandade, expede a bula *Inter alia desiderabilia*, em que ordena ao monarca português a adopção de imediatas providências; e, porque achasse que as suas censuras não haviam tido acolhimento, Inocêncio IV — que se encontrava em Lyon, onde reunira *Concílio* ecuménico — uma semana após o encerramento deste, publica a bula *Grandi non immerito* (24 de Julho de 1245) na qual afasta Sancho II do exercício do poder, e põe o reino sob administração do irmão D. Afonso, conde de Bolonha [1].

Nesse concílio de Lyon, aliás, marcando a supremacia do poder espiritual em relação ao temporal, depusera Inocêncio IV o imperador Frederico II. Mencionando estes factos, em que surgem como protagonistas o *papa* Inocêncio IV, o *imperador* Frederico II e o *rei*

[1] Para o reinado de Sancho II, veja-se Herculano — *História*, t. II, 275 e segs. e, também, as notas XXIII e segs.; ainda, Carolina Michaëlis de Vasconcelos — *Em volta de Sancho II*, in *Lusitânia*, vol. II, fasc. I, Lisboa, 1924, 7 e segs.; Sousa Costa — *Mestre Silvestre e Mestre Vicente, cit.*; Edward M. Peters — *Rex Inutilis: Sancho II of Portugal and Thirteenth Century Deposition Theory* in *Studia Gratiana*, XIV, Bolonha, 1967, 255-305; M. Caetano — *História* (1981), 273-274. Já, antes, Honório III ameaçara Afonso II, por mais de uma vez, de expor o reino à conquista de outros reis e príncipes (*terram tuam* (...) *exponendo Regibus et Principibus ocupandam*, ita quod cedat in eius perpetuum et fideles tuos a tue fidelitatis debito absoluendo).

Sancho II, tomamos contacto com as instituições fundamentais da estrutura política medieval — «*Sacerdotium*», «*Imperium*» e «*Regna*» — cujas relações interessa analisar, ainda que brevemente.

Sabido é que, em 476, com a deposição de Rómulo Augústulo, por Odoacro, caíra a «*pars occidentis*» do Império Romano. Não desaparece o Império, já que se mantém em Bizâncio; porém, no ocidente, extingue-se a dignidade imperial. No entanto, por força da acção da Igreja, que recolhe o legado de Roma, a ideia de *Imperium* será, nos séculos medievais, uma contínua aspiração da Cristandade [1].

É assim que, no ano de 800, Leão III, invocando a negligência do imperador bizantino na cura dos interesses da Igreja, promove a «*translatio imperii*», coroando como imperador Carlos Magno, rei dos Francos; deste modo se consumava a restauração do império, a «*renovatio imperii*» [2], que, algum tempo depois, será denominado *Sacro Império*. Logo esta expressão servirá de índice das dificuldades que irão cercar um Império que afirma possuir carácter sacro.

Pouco tempo depois da queda da «*pars occidentis*», o Papa Gelásio I, em 494, numa epístola dirigida a Anastásio, imperador do Oriente, tinha demarcado o campo de acção da Igreja e do Império.

Existem duas jurisdições distintas — a «*auctoritas sacrata pontificum*» e a «*regalis potestas*» — ambas independentes e exercidas com poder vindo directamente de Deus. No terreno das coisas temporais, deve o Papa obediência ao Imperador; no âmbito do espiritual, subordina-se o Imperador ao Papa [3].

Não é fácil a delimitação do temporal e do espiritual; porém, essa delimitação mais melindrosa se vai tornar, quando, agora, o imperador, que representa o poder temporal, é ungido e coroado pelo Papa, vigário de Cristo na Terra [4]. Se já a ideia de um *imperator*,

1 Por todos, veja-se a síntese de Robert Folz — *L'Idée d'Empire en Occident du Veme au XIVeme Siècle*, Paris, 1953.

2 Veja-se P. Schramm — *Kaiser, Rom und Renovatio*, Darmstadt, 1957².

3 «(...) *ut et christiani imperatores pro aeterna vita pontificibus indigerent et pontifices pro temporalium cursu rerum imperialibus dispositionibus uterentur:* quatenus spiritualis actio a carnalibus distaret incursibus, et Deo militans minime se negotiis saecularibus implicaret, ac vicissim non ille rebus divinis praesidere videretur, qui esset negotiis saecularibus implicatus (...)». Cfr. Calasso — *Medio Evo*, 140; Marcel Pacaut — *La Théocratie — L'Église et le Pouvoir au Moyen Age*, Paris, 1953, 22; Walter Ullmann — *The Growth of Papal Government in the Middle Ages*, Londres, 1965³, 21 e segs.

4 Primeiro, imperadores (e reis) são, tal como o Papa, ungidos na cabeça. Mais tarde, principalmente a partir do século XI, a Igreja vai substituindo, relativamente aos soberanos temporais, a unção *in capite*, pela unção *in brachio*. Assim, diz-nos Álvaro Pais

representante de Deus *in temporalibus*, dava uma feição especial ao poder político, essa feição mais se acentua, quase assumindo aspecto sacramental, com a unção. O *imperator* (e depois, também o *rex* ungido) é considerado como pessoa sagrada [1]. Deste carácter sagrado que envolve o Império, resulta que o imperador, natural defensor da Igreja, tende a imiscuir-se nas questões eclesiásticas e que o Papa, já por uma cada vez mais alegada superioridade do espiritual, já por o Imperador ser um seu ungido, se julgue legitimado a ocupar-se dos assuntos terrenos. Rompe-se o equilíbrio do princípio gelasiano.

A concepção política de uma «*respublica christiana*», com autoridade bicéfala, Papa e Imperador, possuindo duas esferas de acção, em teoria distintas, mas nunca indiferentes, dará lugar a violentíssimos dissídios. Não nos podemos deles ocupar, mas para o aspecto que estamos a versar, interessa realçar que o afastamento de Sancho II, e a deposição de Frederico II, por obra de Inocêncio IV, marcam um decisivo momento de supremacia do «*Sacerdotium*»: Inocêncio IV, retomando e dando novo vigor a teses que haviam sido de Gregório IX, afirma que os gládios espiritual e temporal foram ambos dados por Deus ao vigário terreno que é o Papa. Este confia, nos aspectos temporais, o gládio ao Imperador, mas a *auctoritas* permanece nele.

Como diz De Vergottini: «o poder temporal do imperador não é senão o exercício do poder temporal que lhe delega o Papa, não podendo, por vontade divina, exercê-lo directamente» [2]. É com funda-

que «A unção que se faz aos reis designa santidade e a virtude da unção interior (...). O facto de os reis não serem ungidos na cabeça como os pontífices, mas no braço (...) significa que o seu poder não é predominantemente espiritual (...)» A. Pais — *Espelho dos Reis*, trad. Pinto de Meneses, (Vol. I, Lisboa, 1955, 108). Acerca das várias tentativas de os reis portugueses serem ungidos, v. António Brásio — *O problema da Sagração dos Monarcas Portugueses* in *Anais da Ac. Portuguesa da História*, II Série, Vol. 12 (1962) e Martim de Albuquerque — *O Poder Político no Renascimento Português*, Lisboa, 1968, 96 e seg..

1 Daí que se fale, igualmente, nos seus *poderes taumaturgos*. Na península, Álvaro Pais — aliás num passo não directamente ligado à *unção*, mas sim à especial posição dos soberanos — diz que «os reis de França e Inglaterra, assim como os devotos reis de Espanha, teus ascendentes, tinham virtude sobre os energúmenos e sobre os que sofriam de certas doenças. De facto, quando eu era menino, observei em teu avô, o ínclito senhor rei Sancho que me alimentava, que expulsou o demónio e deixou curada a uma mulher endemoninhada, que o insultava, enquanto ele tinha o pé sobre a sua garganta e lia num pequeno livro». (*Espelho dos Reis*, Vol. I, 55). Nesta matéria, vejam-se Fritz Kern — *Derechos del Rey*, 98 e segs. e, principalmente, Marc Bloch — *Les Rois Thaumaturges*, Paris, 1961.

2 G. de Vergottini — *Lezioni di Storia del Diritto Italiano — Il Diritto Publico Italiano nei Secoli XII-XV*, vol. I, Milão, 1960³, 83; v. também, Rosalio Castillo Lara — *Coaccion Eclesiastica y Sacro Império Romano*, Turim, 1956, 277. Relativamente à

mento nesta concepção de um poder delegado que se explica o afastamento de D. Sancho e a deposição de Frederico II.

Interessa-nos, agora, examinar as relações entre o *Império* e os *Reinos* cristãos da Europa. Importa aludir a elas, quer por constituirem dado fundamental nas concepções políticas medievais, quer por serem relevantes para o problema das *fontes de direito*.

Antes, no entanto, de focar directamente o problema das relações *Imperium-Regna*, há que, por momentos, deter a atenção na península hispânica; isto, porque os reis de Leão, desde os primeiros tempos da Reconquista, usam o título de *imperator*. Discute-se muito o verdadeiro sentido deste *imperium* leonês. Todavia, de certo, parece poder apurar-se que esta concepção imperial — que se afirma, principalmente, com Afonso VI e Afonso VII — anda muito ligada a uma ideia de hegemonia do reino de Leão, e, depois da absorção, do reino de Castela, em relação aos outros Reinos peninsulares.

É, assim, uma concepção que, de certo modo, possui um carácter regional: o *imperator* castelhano-leonês não entende ser o herdeiro de Roma, quer, sim, ser o suserano, o dirigente dos vários reis peninsulares na luta contra o Islão [1].

península, veja-se José Barreiro Somoza — *Ideologia y conflictos de classes. Siglos XI-XIII*, Santiago, 1977 (O livro constitui uma tese de licenciatura, intitulada primitivamente *El régimen de cristiandad en el Occidente medieval (Siglos XI-XIII): La conquista del Dominium Mundi y su contestacion*, título que, aliás, nos parecia mais correcto).

[1] Acerca do «*imperium*» leonês, pode ver-se bibliografia em Martim de Albuquerque — *Portugal e a «Iurisdictio Imperii»*, Lisboa, 1964, (separata da *Rev. da Fac. de Direito de Lisboa*, vol. XVII), 11 e segs. Veja-se, agora, por último, Recuero Astray — *Alfonso VII, Emperador. El imperio hispanico en el siglo XII*, Léon, 1979.

Como tem sido observado, esta concepção imperial castelhano-leonesa, que atinge o seu auge com Afonso VII, vai rapidamente desaparecer. A verdade é que se está processando a recepção do direito comum e para a teoria jurídico-política medieval «Dos emperadores suponían un cisma tan anómalo como dos papas (...) La ruina de la idea imperial es resultado de la plena incorporación de España a la Europa occidental (...).» Cf., por todos, R. Menéndez Pidal — *El Imperio Hispanico y los Cinco Reinos*, Madrid, 1950, 179. Só há lugar para um imperador e esse é o imperador do Sacro Império romano-germânico. Esta «repulsa» dos legistas pelo «absurdo» de mais de um imperador pode, aliás, ver-se, entre nós, já no século XV, em Vasco Fernandes de Lucena ao declarar que «de direito comum todolos Rees sam obedientes ou deuem ser ao emperador dos Romãos excepto o Rej de França e alguũs querem dizer o de Castella»; e, mais adiante, diz concretamente, que «ainda em outros tempos antiguos alguns Reis em Castella se intitularão emperadores d'Espanha como quer que o direito o nom consinta segundo parece pelo capitulo en rriba suso aleguado e nota Sam Thomas de Aquino no terceiro liuro seu do regimento dos Princepes (...)». Cfr. *Cerimonial dos Princepes* in Alvaro Lopes de Chaves — *Livro de Apontamentos (1438-1489), Códice 443 da Colecção Pombalina da B.N.L.*, introdução e transcrição de Anastásia Mestrinho Salgado e Abílio José Salgado, Lisboa, 1983, 142-143.

Fechado o parêntese, passamos de novo a considerar o *sacrum imperium*. Este, na medida em que se operou uma «*renovatio*» do Império Romano, e na medida, ainda, em que o imperador é defensor do Papa e seu delegado «*in temporalibus*», abrange, em princípio, toda a «*respublica christiana*». Efectiva e directamente sujeitas ao imperador, encontram-se, apenas, a Itália, a Alemanha e a Borgonha; mas, quanto aos restantes Reinos europeus, atribui-se o Imperador um poder directivo, uma «*potestas directiva*». Ainda que alguns reis reconhecessem essa *potestas* (nunca, no entanto, os reis hispânicos) não tinha ela concreta expressão jurídica, em nada interferindo com os poderes dos monarcas.

É com os imperadores Frederico Barbaruiva e Henrique VI, que se altera esta concepção de simples *potestas directiva*.

Os mestres da escola de Bolonha — de que adiante se tratará — inculcam no Imperador a ideia de que, sendo «*de jure*» o herdeiro do Império Romano, ele é, na realidade, «*dominus mundi*»; assim, os restantes reis mais não são que magistrados do Império Romano, ou, quando muito, *reguli provinciarum*, isto é, os *reguli* que os romanos, por vezes, toleravam nos seus territórios.

A própria fisionomia jurídica do imperador deixa de ser a de um rei germânico, que ostenta dignidade imperial, para passar a ser desenhada à imagem e semelhança da do imperador romano. Nessa qualidade, ele acha-se «*legibus solutus*», a sua simples vontade faz lei, independentemente de qualquer assentimento de assembleias políticas, em suma, tem a «*plenitudo potestatis*» [1].

No entanto, frente às construções jurídicas que faziam do imperador «*dominus mundi*», erguia-se a realidade de uma Europa, com estrutura bem diferente da do Império Romano, uma Europa em que se cimentava a existência de Reinos independentes. Por isso, na impossibilidade de desconhecer essa situação de facto, o Imperador — aproveitando, aliás, as dominantes concepções feudais — procurará impor a sua supremacia, obrigando os reis da Europa a reconhecer-se vassalos, ou pretendendo que as suas leis sejam reconhecidas nesses Reinos.

De uma maneira geral, os monarcas vão reagir negando a superioridade do imperador *(reges non recognoscentes superiorem)* e afir-

[1] G. de Vergottini — *Lezioni*, 188 e segs. Veja-se, também, E. Kantorowicz — *Kingship and Scientific Jurisprudence* in *Twelfth-Century Europe and the Foundations of Modern Society*, Wisconsin, 1966, 89-111.

mando que, dentro dos seus Reinos, igualmente, possuem a «*plenitudo potestatis*» [1], que o «*rex in regno suo est imperator*» [2].

Esta posição política de independência frente ao Império, — a «*exemptio imperii*» — foi, desde sempre, mantida pelos Reinos da Península: a própria concepção imperial leonesa era, já, um seu primeiro sustentáculo.

Deste modo — dada a tradição hispânica de isenção e, também, o afastamento geográfico — não vão ser muito frequentes os reflexos da teoria do «*dominium mundi*», nas relações do Império com Portugal. Alguns factos, todavia, se podem apontar. Assim, ao tempo de Afonso II, em 1220, Honório III, na decretal *Gravi nobis*, considerando que o rei português obrigava os eclesiásticos a responder perante o juiz secular e não lhes respeitava certos privilégios, solicita aos bispos de Astorga e Tuy que persuadam Afonso II a abandonar tal atitude — «*presertim cum carissimus in Christo filius noster, Fredericus Romanorum imperator illustris generali lege sanxerit, ut omnes ecclesiasticae personae ab omnibus secularibus talliis et exactionibus, angariis, et parangariis sint immunes, nec nisi coram ecclesiastico iudice conueniri* (...)» [3].

Nesta invocação de leis do imperador Frederico II, promulgadas em 1220 e aprovadas por Honório III, estaria contida a premissa de poder o imperador legislar em relação a toda a Cristandade [4].

Também se tem querido ver nos já aludidos decretos de Soeiro

1 Para a Península, veja-se Alfonso Otero — *Sobre la «plenitudo potestatis» y los Reinos Hispanicos* in *A.H.D.E.*, XXXIV, Madrid, 1964, 141-162, com afirmações, por vezes, discutíveis.

2 Acerca do significado político destas fórmulas, existe riquíssima bibliografia de que a principal se pode ver indicada em M. de Albuquerque — *ob. cit.*, 8, nota (9); veja-se, também, Braga da Cruz — *O direito subsidiário*, 220.

3 *Quinque Compilationes Antiquae*, ed. Friedberg, Comp. V, tit. XXVI, n.º 5, 179. Já Herculano — *História*, tomo II, 240 chamou a atenção para o que, de essencial, contém esta decretal. Veja-se, também, M. de Albuquerque — *ob. cit.*, 21-22.

4 As leis invocadas eram a 2.ª e a 4.ª. A decretal *Gravi nobis*, no entanto, mais do que uma afirmação directa de supremacia do imperador, parece marcar, como diz De Vergottini, uma *nova* concepção por parte do Papa. Na verdade, afigura-se que Frederico II, ao promulgar as leis de 1220, não tinha em mente a sua aplicação aos Reinos não sujeitos ao Imperador; é Honório III que as interpreta com feição universalista, entendendo que o Imperador, na qualidade de advogado e defensor do Papado e da Igreja, pode criar *leges generales* para toda a Europa cristã. Cfr. G. de Vergottini — *Studi sulla Legislazione Imperiale di Federico II in Italia — Le Leggi del 1220*, Milão, 1952, 162 e segs.

Gomes, prior dos dominicanos [1], que provocaram viva reacção de Afonso II [2], uma consequência da «*iurisdictio imperii*»: em tal interpretação histórica, Soeiro Gomes teria, precisamente, tentado implantar em Portugal as mencionadas leis, ou constituições de Frederico II, a que Honório III e juristas afectos ao Papado, davam carácter de universalidade [3]. Importa examinar o conteúdo da providência de Afonso II. Começa o monarca por proibir a aplicação dos «*decretos laicales*» que Soeiro Gomes, com os da sua Ordem, promulgou, explicando essa proibição pelo facto de representarem um grande «*desaforamentum*» relativamente ao rei e seus sucessores, à cúria, aos fidalgos e a todos, em geral [4]; além disso, são tais decretos «contra aquele livro das leis que diz que não recebamos no reino lei nova, pelo qual livro e foro devem ser julgados os fidalgos portugueses»; acrescenta-se, mais, que esses decretos nunca existiram no tempo do Conde D. Henrique, nem no de D. Afonso Henriques que o Papa Alexandre III, por seu privilégio, confirmou como rei e a sua terra como reino, nem no tempo de D. Sancho que teve uma protecção do Papa Clemente III, nem, ainda, no próprio tempo de Afonso II, que tivera duas protecções, uma do Papa Inocêncio III e outra do Papa Honório [5]. E, depois de reafirmar a proibição de

1 Sobre Soeiro Gomes, veja-se António Rosário — *Primórdios dominicanos em Portugal — Notas para o estudo da excelsa figura portuguesa de D. Fr. Soeiro Gomes, O.P. (1217-1223)* in *Actas do Congresso Historico de Portugal Medievo*, Tomo III, Braga, 1965, 205-249. Sobre a questão, veja-se, também, agora, Francisco da Gama Caeiro — *Sobre Heresias Medievais: em torno aos «Decretos» de Sueiro Gomes*, Coimbra, 1983.

2 Veja-se o presente livro, págs. 113.

3 Herculano — *História*, tomo II, 251 e, principalmente, *nota XIII*, a págs. 488 e segs.; Lopes Praça — *Colecção de Leis e Subsídios para o Estudo do Direito constitucional Portuguez*, Coimbra, 1893, vol. I, 304, embora muito dubitativo; M. de Albuquerque — *ob. cit.*, 22 e nota final.

4 *P.M.H., Leges*, Vol. I pág. 180 — «Mando uobis firmiter ut nullus sit in uilla uestra qui audeat extrahere illos decretos laicales quos S. Gomez prior de ordine predicatorum cum fratribus eiusdem ordinis posuit in leuando habere de hominibus et in faciendo iusticiam in suis corporibus (...) et hoc acordaui cum meis priuatis quare ista decreta sunt grande meum desaforamentum et de mea curia et de illis qui post me regnauerint et de meis filliis de algo et uillanis laicis et de ordine (...)».

5 «(...) et etiam ista decreta sunt contra illum librum legum qui dicit quod non recipiamus nouam legem in regno nostro per quem librum et per quale forum debent iudicari filiis de algo Port. Et ista talia decreta nunquam fuerunt in tempore comitis domni Henrici nec in tempore aui mei regis domni Alfonsi quem papa Alexandre IIIus suo priuilegio confirmauit in regem et terram suam in regnum nec in tempore regis domni Sancii patris mei que habuit unam proteccionem de Clemente papa IIIo nec etiam in meo tempore qui habeo duas protectiones unam ab Innocencio papa IIIo et aliam de Honorio papa IIIo».

aplicação dessas normas, vem, então, o rei dizer que se, contudo, alguém, escondidamente, a furto, vender alguma coisa que seja contra esses decretos, pagará 500 morabitinos, será castigado na sua pessoa e bens, perderá a coisa vendida e os morabitinos que tenham constituído o preço; do mesmo modo, declara que quem comprar alguma coisa que seja contra estes decretos, pagará 500 morabitinos, será castigado em sua pessoa e bens, perderá a coisa comprada e os morabitinos que hajam constituído o preço [1].

Analisando esta providência, Herculano vem dizer-nos que «na hipótese de que os decretos de frei Sueiro fossem as constituições de Frederico II (talvez acrescentadas com outras leis do Império sobre castigos corporais àquela espécie de crimes a que eram assimiladas as infracções delas) fica inteligível a última provisão da circular de Afonso II. Como sobre os naufrágios e sobre os atentados contra a propriedade havia providências promulgadas por este mesmo príncipe, as sentenças das constituições de Frederico mal poderiam ser de todo revogáveis nessa parte. Assim, mandando-as guardar, o rei de Portugal acrescentava desse modo novas penas, não tanto para os infractores, como para os que vendessem ou comprassem às escondidas as cousas pertencentes aos náufragos ou havidas por violência e rapina» [2].

O pensamento de Herculano parece ser, pois, o seguinte. Como os decretos de Soeiro Gomes — reproduzindo as *constituições fredericianas* — continham, nomeadamente, normas sobre naufrágios e atentados contra a propriedade, matéria que já tinha sido tratada em duas leis da Cúria de 1211, não podiam ser completamente afastados; assim, Afonso II teria tido necessidade de mandar ressalvar as constituições de Frederico II, em tais matérias, acrescentando novas penas — palavras de Herculano que acima transcrevemos — «não tanto para os infractores, como para os que vendessem ou comprassem às escondidas as cousas pertencentes aos náufragos ou havidas por violência e rapina».

[1] «Mando tamen quod si aliquis ad furtum uendiderit aliquam rem que sit contra ista decreta pectabit mihi D. morabitinos et accipiam uindictam de illo et de suo habere qualem uidero pro directo et perdet illud quod uendiderit et morabitinos quos ei pro inde dederit. Similiter quicunque comparauerit aliquam rem que sit contra ista decreta pectet mihi D. morabitinos et accipiam uindictam de illo et in suo habere qualem uidero pro directo et perdat illud quod comparauerit et morabitinos quos pro inde dederit».

[2] Herculano — *História, tomo e nota, cits.*, 493.

Não nos parece aceitável a conjectura de Herculano [1].

Ao contrário do que afirma, não há na provisão de Afonso II qualquer ressalva acerca das leis fredericianas que tratavam de naufrágios e de atentados contra a propriedade; e anote-se, desde já, que, se os decretos de Soeiro Gomes tivessem por conteúdo as leis de Frederico II, deveria existir tal ressalva, uma vez que, em parte, haveria coincidência com anteriores leis da Cúria de 1211. Além disso, a ressalva — única — que existe na provisão de Afonso II e que proibe a compra e venda de alguma coisa «*que sit contra ista decreta*» não favorece aquela conjectura, pois as constituições fredericianas não tratam da compra e venda do que quer que seja. Em resumo: não há ressalva onde a deveria haver; há ressalva numa matéria que, indiscutivelmente, não está contemplada nas leis fredericianas.

Julgamos, porém, que outras dificuldades, ainda, existem. Assim, a lei III da Cúria de 1211 determinava para os que se apoderassem de coisas de náufragos que «*fecta primeiramente entrega das coisas que lhe fiharom ou perderom perca quanto ouver*»: existe, pois, dever de devolução das coisas e pena de confisco. Também a 9.ª das leis fredericianas estatuía o respeito pelo direito de propriedade dos náufragos e a pena de confisco, além de outras possíveis penas, deixadas ao arbítrio do imperador [2]. Neste contexto, terá sentido dizer-se que a ressalva da provisão de Afonso II, visava uma norma nova, complementar, prescrevendo que aquele que vendesse coisa naufragada, *perderia* a coisa? Os termos da provisão parecem significar que se está sancionando um proprietário da coisa; simplesmente, se a vender, em violação dos decretos, perdê-la-á — «*perdet illud quod vendiderit*». Perde-se aquilo a que se tem direito, o que não era o caso quanto às coisas naufragadas. Além disso, na provisão parece entender-se que a coisa será perdida em favor do príncipe, e não restituída ao primitivo proprietário, o que, de novo, é contraditório relativamente à lei III da Cúria de 1211 e à lei 9.ª das constituições fredericianas.

Considerações semelhantes se podem fazer sobre a lei XXIV da Cúria de 1211 e a lei 11.ª das constituições fredericianas — normas

[1] No mesmo sentido, P.e Gonzaga de Azevedo — *História de Portugal*, Lisboa, 1942, vol. V, 180 e segs.; P.e Domingos Maurício — *Recensão a M. de Albuquerque — Portugal e a «Iurisdictio Imperii»* in *Broteria*, vol. LXXX, n.º 4, Lisboa, 1965, 535 e segs. Não subscrevemos, porém, toda a argumentação destes historiadores, nomeadamente a de base cronológica.

[2] «tam nauigia ipsa quam nauigantium bona, illis integra reseruentur ad quos spectabant (...) Transgressores vero huius nostrae constitutionis, bonorum suorum publicatione multentur; et si res exegerit, eorum audacia iuxta mandatum nostrum modis aliis compescatur».

que tratavam da protecção da propriedade. Note-se que, aqui, a proceder a hipótese de Herculano, ainda mais necessária se tornava a existência de ressalva ou coordenação das duas disposições, já que o seu âmbito não é idêntico. A norma fredericiana concede *segurança* aos «*Agricultores et circa rusticitatem occupati*», proibindo que alguém invada, tome, ou violentamente, subtraia «*personas, vel boues, agrorum instrumenta, aut si quid aliud sit quod operam rusticalem pertinet*»: os transgressores deveriam restituir, em quádruplo, a coisa subtraída, incorreriam em pena de infâmia e em outras penas que o imperador julgasse de aplicar.

Na lei XXIV da Cúria de 1211 proíbe-se a qualquer cavaleiro ou outro homem que tenha terras do rei «que nom tome nenhuma cousa dos uilaãos ataa que per nosso juiz ou per homeens bons sseia estimado em quanto paguem da cousa. E outro ssy ataa que o senhor sseia pagado da cousa compridamente». O que, pela primeira vez, violar o mandado do rei «dê ao senhor da cousa dobrada e peyte a nós quinhentos soldos. Pela segunda uez perca a terra que de nós teuer. E dos dereytos dê a meadade pera o que rreceber a deshonra e a meadade pera nós». De que trata esta lei? Trata da prepotência de cavaleiros e outros que têm terras do rei que, sem pagarem o preço devido, se apoderam de certas cousas dos vilãos, principalmente, segundo se julga, de mantimentos, de *viandas* (e por isso, uma lei de Afonso III, que praticamente repete a norma de Afonso II, se intitula — das *viandas*). Mas será, então, crível que a ressalva da última parte da provisão de Afonso II contra os «*decretos laicales*» de Soeiro Gomes esteja a contemplar a hipótese de os cavaleiros e outros poderosos irem extorquir produtos da terra aos vilãos, sem pagar o preço justo, para depois, às *escondidas*, *a furto*, irem fazer deles comércio, vendê-los a terceiros? Não nos parece; mas, mesmo que assim não fosse, ainda, então, por razões acima apontadas, seria de apontar que o regime aplicado à venda das coisas, objecto de rapina, se não parece coadunar, nem com o estabelecido na lei 11.ª das constituições fredericianas, nem com a lei XXIV da Cúria de 1211.

Advirta-se, mais, que o modo como Afonso II se refere aos «*decretos laicales*» parece repelir uma identificação com as leis de Frederico II; o monarca fala daqueles «*decretos laicales*» que «*S. Gomez prior de ordine predicatorum cum fratribus eiusdem ordinis posuit*», decretos, assim, que são fruto de uma deliberação colectiva, que Soeiro Gomes, com os frades da ordem dos Pregadores, *pôs*, instituíu [1].

[1] Analisando as expressões *legem ponere*, *statuere*, *constituere* e outras como denotando uma actividade de criação normativa, veja-se Walter Ullmann — *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, Londres, 1966², 125 e *Historical Jurisprudence, Historical Politology and the History of the Middle Ages* in *La Storia del Diritto nel Quadro delle Scienze Storiche*, Florença, 1966, 200.

Se os decretos fossem as constituições fredericianas não haveria razão para que o rei as não nomeasse e, contra elas, directamente, reagisse, alegando a «*exemptio imperii*».

Por isso, julgamos, na verdade, mais aceitável, situar os decretos de Soeiro Gomes no âmbito das medidas que, nesta época, em toda a Europa, se tomavam na luta contra a *heresia*. Tanto o Canon 3 do IV Concílio de Latrão, de 1215, como, posteriormente, as leis 6.ª e 7.ª das constituições fredericianas [1], instituíram, com o fim de suprimir a heresia, um sistema em que o Papa e seus delegados chamavam a si tal poder que quase fazia desaparecer a autoridade temporal [2]. Se se tiver em atenção o facto de Soeiro Gomes pertencer aos dominicanos — Ordem então fundada para extirpar as heresias — e o de, em Portugal, o próprio bispo de Coimbra lhe ter dado «*licentiam et potestatem compellendi et corrigendi omnes excessus*» [3] parece bem plausível que o prior dos pregadores tivesse tomado certas providências contra os hereges e pretendesse que a justiça temporal as aplicasse; mas, também, é compreensível que Afonso II, monarca muito susceptível e cioso do seu poder, e, para mais, em não harmónicas relações com a Igreja, proibisse aos seus oficiais de justiça que amparassem as decisões, ditadas pelo zelo apostólico de Soeiro Gomes.

Passemos, de novo, a observar a «*exemptio imperii*».

Já no reinado de D. Dinis, deu-se um facto sintomático. Segundo parece, fora enviado a Portugal um legado imperial que, aqui, pretendia fazer algumas diligências e actos judiciais. Então, D. Dinis, em Santarém, mandou-o notificar, na presença do Arcebispo de Braga, D. Martinho, e do Bispo de Lisboa, D. João, de que «*el devya saber e que soubesse que os enperadores nunca ouverom nem am nenhũu poder na sa terra nem no seu senhorio del rey de Portugal. E ben devya saber e*

[1] Não excluímos, assim, que as provisões de Soeiro Gomes — a menos que a investigação lhes venha a fixar uma data anterior a 1220 — possam ter, de algum modo, relação com as leis fredericianas. O que nos parece de negar é que estas fossem o conteúdo dos decretos do prior dos dominicanos.

[2] G. de Vergottini — *Studi sulla Legislazione Imperiale*, 110. Diz este historiador, que, no aludido Concílio, se tinha chegado «a un sistema di tale rigidità da sottoporre il potere secolare a una vera condizione sospensiva della propria *auctoritas*, in caso di incapacità o transcuratezza nella purificazione della propria terra dall'eresia».

[3] Texto do documento em Fr. Luís de Sousa — *História de S. Domingos*, vol. I, Lisboa, 1866 (3.ª ed.), 77-78.

fose certo que os reis que ouve en Portugal conquererom a terra e a filharam a mouros e assy a ouverom e pesuyrom sempre en como a os mouros avyam. E nunca emperador nem outrem ouuera nem avya na sa terra nem no seu senhorio nenhũa juridiçom. E disse que el rey se sofrera desto porque era homem doutra terra e doutra linguagem e nom sabia esto (...)» [1].

Vimos, assim, alguns factos [2] que demonstram a independência de Portugal relativamente ao Império.

A questão tem o maior interesse e deve ser ponderada numa história de fontes de Direito, porque — não o esqueçamos — *o direito romano é o direito do Império*. E, a um primeiro relance, não é facilmente compreensível que o direito romano venha a ser recebido em Portugal e noutros Reinos, que afirmam a sua isenção da «*jurisdictio imperii*». Mas, vejamos, antes, como se operou a restauração, o chamado *renascimento* do direito romano na Idade Média.

2. *Renascimento do direito romano. Glosadores, Pós-acursianos e Comentadores. A sistematização medieval do «Corpus Iuris Civilis»*. O mesmo condicionalismo histórico que manteve a ideia imperial e favoreceu a ressurreição medieva do Império Romano, explica, igualmente, o chamado renascimento do *direito romano* [3]. Como há pouco se disse — o direito romano é o direito do Império.

[1] Cfr. M. de Albuquerque — *ob. cit.*, 25 a 26. Veja-se, aí, (pág. 30), também a *protestatio* feita pelos embaixadores de D. João I, em 1416, no Concílio de Constança, reafirmando a isenção de Portugal. Essa *protestatio* fora já referida por A. Caetano do Amaral — *Memória*, 22, mas não rectamente entendida. Ainda nas *Ordenações Afonsinas* (1.II, tit. IX, § 1.º), ao tratar-se do *direito subsidiário* se diz — «a qual (obediência) *nõ devemos em nenhuũ caso aos Emperadores, de que as leys Imperiaaes procedem*».

[2] Por vezes, à mingua de factos, era a fábula que vinha socorrer a preocupação de afastar qualquer sombra de supremacia do Império sobre as Espanhas. Assim, nos *P.M.H., Scriptores, Livros de Linhagens*, IV, 277, acerca de Soeiro Mendes da Maia, diz-se o seguinte: «E o suso dito dom Soeiro Meendez o boo chamaramo assi porque era homem de gramdes feitos, e *porque tirou o feu da Espanha que aviam d'auer os rromãaos per esta guisa: el foy em rromaria a Roma e ouuio dizer que estaua hi, huum caualleiro que lidaua por estes feus com aquelles daquella terra que os queria liurar, e lidou com elle e venceo, e dês aquelle tempo foi liure a Espanha do feu*». Não deixa de ser interessante toda a estrutura feudal desta lenda. Note-se que em *P.M.H., Scriptores, Livros de Linhagens*, I, 156, se declara que «este D. Soeiro Mendes o bom sobredicto *tirou Espanha do feudo de França*». O significado é o mesmo, dada a «*translatio imperii*» em favor dos francos. Sobre a tradição épica da casa da Maia, veja-se, agora, António José Saraiva — *A Cultura em Portugal — Teoria e História, Livro II — Primeira Epoca: A Formação*, Lisboa, 1984, 3, § 7, *A Lenda dos Fidalgos da Maia*, 107 e segs.

[3] Fundamental, nesta matéria, a lição de Calasso — *Medio Evo*, 346 e segs., que, em parte, temos presente na exposição do texto; pela riqueza de informação, há sempre que consultar W. Engelmann — *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien*, Leipzig, 1939. Muito importante, também, Franz Wieacker — *História do Direito Privado Moderno*, Lisboa, s.d. mas 1980, e Luigi Lombardi — *Saggio sul Diritto Giurisprudenziale*, Milão, 1967, no capítulo II, intitulado *Il Diritto Comune come Diritto Giurisprudenziale*, 79-199. Veja-se, agora, António Hespanha — *História*, 442 e segs.

Ainda que se não entre na análise de todos os factores que se acham na génese desta situação, não se pode, no entanto, esquecer o papel desempenhado pela Igreja.

Vimos, que, derrubada, politicamente, em 476, a «*pars occidentis*» do Império, a única grande realidade institucional dos tempos antigos, que sobrevive, e faz a ligação entre o romano e o barbárico é a Igreja. Tempos haverá em que «*catholicus*» é sinónimo de «*romanus*». Ora, do mesmo modo que foi a Igreja a manter a ideia do Império e, depois, a promover a «*translatio Imperii*», assim, também, é ela, que, em contacto permanente com o mundo bárbaro, vai insinuando, nas coisas temporais, a aplicação do direito romano que é a sua «*lex approbata*», a sua «*lex saeculi*».

Nos negócios terrenos, a Igreja vive o direito romano: este é — como, também, se disse — a sua «*lex terrena*». Há, pois, uma primeira tutela do direito romano por parte da Igreja. Mas, uma vez operada a restauração do Império, o direito romano tende a deixar de ser apenas a «*lex terrena*» da Igreja, para passar a constituir, em toda a sua potencialidade, a *lex*, o direito do novo Império. Além disso, as relações entre o Império e o Papado não vão ser, sempre, idílicas; a tensão mais grave surgirá no século XI e é, precisamente, no fim deste século, que em Bolonha se situa o movimento cultural denominado de renascimento do direito romano. Compreende-se o porquê deste *renascimento*. A luta entre o Império e o Papado é forte incentivo a que, cada vez mais, o direito romano seja considerado a *lex* do Império medieval; o contraste com a Igreja leva à necessidade de um fortalecimento das estruturas do Império e, consequentemente, a um maior debruçar-se sobre o seu ordenamento jurídico.

Depois do que se apontou, fácil é de entender que, quando se fala de *renascimento do direito romano*, não deve esta expressão ser tida como querendo inculcar a ideia de que, anteriormente, se perdera, por completo, o conhecimento do direito romano. O comentário que se fez acerca da acção da Igreja é já suficiente para afastar essa ideia. Assim, o verdadeiro sentido da expressão *renascimento* está em significar o reencontro do direito romano através do estudo, independente, dos genuínos textos justinianeus e não, como até esse momento,

englobado nas «*artes liberais*», sem autonomia, e deturpado ou transfigurado em virtude de adaptações literárias mais ou menos incorrectas.

Esse renascimento do direito romano vai encontrar em Bolonha o centro cultural de onde irradiará por toda a Europa [1]. É, na verdade, naquela cidade itálica, que Irnério [2] «*primus illuminator scientiae nostrae*» — começa o estudo autónomo do direito romano.

Nada fácil o trabalho de Irnério e seus continuadores. A força de um ideal transformara os reis germânicos em «*imperatores*», fizera do «*ius civile*» o direito vivo de um renovado Império, mas não conseguira converter os mestres de Bolonha em jurisconsultos romanos. Por isso, o primeiro contacto da *Escola de Bolonha* com a imensa mole dos textos do «*Corpus Iuris Civilis*» — nos quais avulta, em complexidade, o *Digesto* — não decorre sob o signo da facilidade. A expressão dessa inicial dificuldade encontra-se no principal instrumento de trabalho, utilizado pelos intérpretes — a *glosa* — de onde o chamar-se *escola dos glosadores* [3] ao movimento lançado por Irnério [4].

O que é, então, a *glosa?* Por *glosa*, entendia-se a simples explicação gramatical, de carácter exegético, de palavras ou frases que suscitassem escolhos na sua interpretação [5]; frente a textos que se acham escritos num latim que não é a língua dos tempos medievais, a primeira dificuldade está no compreender o sentido literal desses textos.

A *glosa*, a princípio, geralmente *interlinear* (nota entre linhas) vai,

1 Bolonha chegará a reunir cerca de dez mil escolares (cfr. P. Koschaker — *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, 1955, 118).

2 Sobre Irnério, veja-se o estudo de Enrico Spagnesi — *Wernerius Bononiensis Iudex. La Figura Storica D'Irnerio*, Florença, 1970.

3 Nesta matéria, veja-se, também, P. Koschaker — *Europa y el Derecho Romano*, 101 e segs.; P. S. Leicht — *Storia del Diritto Italiano — Le Fonti*, Milão, 1966, 129 e segs.; A. Hespanha — *História*, 457 e segs.

4 Além de Irnério e de Acúrsio — que a seguir se referirá — os principais glosadores, no campo do direito romano, foram Martinho, Búlgaro, Jacobus e Hugo, todos discípulos de Irnério, e, mais tarde, Rogério, Placentino e Azão; entre os glosadores do direito canónico são de mencionar Bartolomeu de Bréscia, Rolando Bandinelli (o futuro Papa Alexandre III), Rufino, Tancredo, João Teutónico, Lourenço Hispano, Vicente Hispano, Huguccio de Pisa e Henrique de Susa (Hostiense).

5 Também em Portugal se vai *glosar* o próprio direito pátrio. É o que se deduz de O.A. 4.38.13: «Pero mandamos, que se acerca dello ocorrerem algũas duvidas, que pelo texto della nom possam claramente seer determinadas, *Mandamos que se determinem pela grosa sobre ello antigamente feita* (...)». O texto, em causa, é a famosa *Lei da Avoenga*.

dado o seu grande desenvolvimento, tornar-se *marginal* (à margem do texto). Às vezes, ainda, em superior grau de teorização, toma o nome de *apparatus* [1].

Também os glosadores envidam os seus esforços na obtenção de fórmulas breves — em modo de definição — *(regulae, brocarda, generalia)* ou, já mesmo, fazendo uma exposição sistemática do texto *(summae);* enfim, dedicam ainda a sua atenção à análise de certas hipóteses, reais ou imaginadas *(quaestiones, casus)* que, por vezes, suscitavam controvérsias entre mestres *(dissensiones dominorum)* [2].

O expoente e sistematizador da escola vem a ser *Acúrsio*, autor da *Magna Glosa*, ou *Glosa*, por antonomásia, escrita entre 1220 e 1234 (ou, talvez, mais tarde), extraordinária obra de compilação em que foram examinadas cerca de noventa e seis mil glosas; a obra de Acúrsio, que exerceu enorme influência em toda a Europa [3], veio, inclusivamente, a ser considerada direito subsidiário, em Portugal, como se verá, quando for estudada a *época das Ordenações.*

Todavia, é a própria existência de uma obra de compilação com as características da *Magna Glosa* que se encarrega de demonstrar que as virtualidades do método exegético se achavam esgotadas.

1 Boncompagni — *Rhetorica Novissima* in *Bib. Iur. med. aevi*, tomo II, 58, col. 2 cit. em Chévrier — *Sur l'art de l'argumentation*, 136, nota (3), referido na nota seguinte: «*Quid Glosa? Glosa est dictorum ambiguorum expositio. Quid apparatus? Apparatus est glosarum diffusio circa textum.*»

2 Calasso — *Medio Evo*, 529 e seguintes. Entre os mais recentes, Wieacker — *História*, 52-53; G. Chévrier — *Sur l'art de l'argumentation chez quelques Romanistes médievaux au XIIe et au XIIe siècle* in *Archives de Philosophie du Droit*, tomo XI, Paris, 1966, 115 e segs.; Peter Weimar — *Argumenta Brocardica* in *Studia Gratiana*, tomo XIV, Bolonha, 1967, 91 e segs. e *Die legistische Literatur und die Methode des Rechtsunterrichts der Glossatorenzeit* in *Ius Commune*, Band 2, Francoforte, 1969, 43 e segs.; Bruno Paradisi — *Osservazioni sull'uso del metodo dialettico nei glossatori del sec. XII* in *Atti del Convegno Internazionale di Studi Accursiani*, vol. II, Milão, 1968, 621 e segs. e Gerhard Otte — *Dialektik und Jurisprudenz — Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*, Francoforte, 1971.

3 Em Portugal, já num testamento de Fevereiro de 1257, de Mestre Gil de Leiria, Médico e Mestre em Leis, figuram obras de Acúrsio: «(...) Item mando uendere libros meos legales (...) Libri legales sunt isti videlicet: *Digestum vetus grosatum de aparatu domni Acursi* et *Codex aparatus de aparatu domni Acursi* (...)», in A. Moreira de Sá — *Primórdios da Cultura Portuguesa*, Lisboa, 1966, doc. 48, 71 *(Arquivos de História da Cultura Portuguesa*, vol. 1 n.º 1). Sobre a influência de Acúrsio no nosso País, veja-se M. J. Almeida Costa — *La présence d'Accurse dans l'Histoire du Droit Portugais*, Coimbra, 1966 (separata de *B.F.D.C.*, vol. XLI); em geral, *Atti del Convegno Internazionale*, vol. III, precisamente subordinado ao tema — *Importanza dell'opera di Accursio in Italia e in Europa.*

Como, com razão, se tem dito, a *litera* dos textos encontrava-se, já, suficientemente prensada; era altura de orientar a actividade para a consideração do *sensus*, do espírito.

Assim, o intérprete deixa de *glosar* e passa a *comentar*. O *comentário* vai suceder à *glosa* [1] e, daí, o chamar-se ao novo movimento *escola dos comentadores* [2].

Não se pense, todavia, que isso acontece de um momento para outro. Não há, com efeito, uma brusca cesura, mas sim lento e gradual desenvolvimento, que se vai verificar por toda a metade do século XIII, em seguida ao aparecimento da *Magna Glosa:* conhecem os juristas desta época o *comentário* e o método *dialéctico*, não se podendo dizer, no entanto, que tal género literário e processo de investigação sejam já dominantes, como o virão a ser depois. Por isso, cada vez mais, entre as escolas de *glosadores* e *comentadores* há quem autonomize o período chamado dos juristas *pós-acursianos* [3].

Mas vejamos a nova escola. Agora, o comentador para alcançar o *sensus* do texto, vai utilizar o referido método *dialéctico* ou *escolástico* que, principalmente em França, se caldeara no estudo da Teologia e que visa, através de sucessiva análise e síntese, a superação de aparentes contradições e a construção de um sistema lógico. Em primeiro lugar, o mestre, na sua prelecção, procedia à *lectio literae*, ou seja, à leitura do texto que se propunha explicar; em seguida, passava à *divisio legis*, na qual se separavam as partes logicamente distintas do texto; vinha, depois, a *expositio* em que, agora, se explicava a lei, no seu conjunto; após este trabalho, surgia a *positio casuum* em que se apresentavam casos concretos a que a lei seria

[1] Como dirá Huguccio de Pisa, que viveu na segunda metade do século XII e princípio do XIII, a glosa «*est expositio sententiae et ipsius literae quae non solum sententiam, sed etiam verba attendit*»; o comentário, o *commentum* «*est expositio verborum iuncturam non considerans, sed sensum*». Cfr. Calasso — *Medio Evo*, 529.

[2] Designação preferível à de *pós-glosadores*, já que esta, baseando-se numa simples relação cronológica, nada diz acerca do método utilizado. Por seu turno, Kantorowicz propôs, mas sem grande aceitação inicial, a denominação de *escola de consulentes;* consoante diz Genzmer, foi pelos *comentários* e não pelos *pareceres* que os juristas da escola se tornaram conhecidos. Cfr. Genzmer — *Il diritto romano come fattore della civiltà europea*, 18, nota (18). Veja-se, também, A. Hespanha — *História, 460 e segs.* Todavia, a denominação de Kantorowicz começa, agora, a ter alguma aceitação. Cfr. F. Wieacker — *História*, 78 e segs.

[3] Neste ponto, o estudo mais desenvolvido é o de Ugo Nicolini — *I Giuristi Postaccursiani e la Fortuna della Glosa in Italia*, in *Atti del Convegno Internazionale di Studi Accursiani*, vol. III, Milão, 1968, 802 e segs.. Os *pós-acursianos* de maior nomeada são Odofredo, Alberto de Gandino, Dino de Mugello, Alberico de Rosate, Ricardo Malombra, Guilherme Durante, Oldrado de Ponte e Jacopo Butrigario.

aplicável; seguia-se a *collectio notabilium*, isto é, a exposição das anotações mais importantes que o texto impunha: depois, as *oppositiones*, ou seja a enumeração dos argumentos que pareciam contrariar a proposta solução; enfim, as *quaestiones*, onde se suscitavam os problemas controversos, as interrogações que a interpretação defendida poderia originar [1].

É *Cino de Pistoia* (1270-1336) que será considerado o primeiro grande jurista do novo método, na península transalpina; mas, os chefes da escola serão *Bártolo* (1313-1354) e *Baldo* (1327-1400) [2]. A influência do primeiro foi de tal modo importante (os *comentadores* virão a ser chamados *bartolistas*) que, à semelhança do que se passou com Acúrsio, igualmente constituiu a sua opinião direito subsidiário em Portugal.

Convém, agora, examinar a sistematização medieval do «*Corpus Iuris Civilis*». Esta designação é posterior a Justiniano, tendo começado a ser usada pelos glosadores; todavia, em letra de imprensa, só surge a partir de 1583, com a edição de Dionísio Godofredo.

Na Idade Média, o *Corpus Iuris Civilis* estava dividido em cinco livros. O primeiro, o *Digestum vetus* continha o Digesto, desde o início até ao título segundo, inclusivé, do livro XXIV; o segundo, o *Digestum infortiatum*, ou simplesmente, *Infortiatum* (*Esforçado*, nos textos portugeses) abrangia a parte seguinte, até ao livro XXXVIII, inclusivé; o terceiro, o *Digestum novum*, compreendia a matéria do livro XXXIX até ao fim, o livro L; o quarto livro, o *Codex*, recolhia os primeiros nove livros do *Código* de Justiniano; finalmente, o quinto livro, chamado *Volumen paruum*, *Volumen* ou *Authenticum*, era composto pelas *Institutas*, os três últimos livros do *Código (Tres Libri)*, as *Novelas* constantes de uma colecção chamada *Authenticum*, e, mais tarde, pelos *Libri Feudorum* (colecção de costumes de *direito feudal*),

[1] Calasso — *Medio Evo*, pág. 571. Para o método de trabalho dos comentadores, veja-se Th. Viehweg — *Topica e Giurisprudenza* (trad. G. Grifó), Milão, 1962, 67 e segs.; P. Koschaker — *Europa*, 143 e segs.; L. Lombardi — *Saggio sul Diritto Giurisprudenziale*, 115 e segs.; Mário Sbriccoli — *L'interpretazione dello Statuto*, Milão, 1969; Norbert Horn — *Die juristische Literatur der Kommentatorenzeit*, in *Ius Commune*, II, 84 e segs.; V. Piano Mortari — *Dogmatica e Interpretazione — I Giuristi Medievali*, Nápoles, 1976. Entre nós, há que ver António M. Hespanha — *Apontamentos de História do Direito Português*, Coimbra, 1970-71, em especial no capítulo sobre *o modelo discursivo da ciência jurídica medieval*, 38-60.

[2] Como *comentadores de direito romano* devem, ainda, indicar-se Bartolomeu de Saliceto, Lucas de Penna, Paulo de Castro, Rafael Fulgosio, Alexandre Tartagna, Jasão de Maino, Bartolomeu Socini e Filipe Décio; nos *canonistas*, entre outros, citem-se João André, Nicolau de Tedeschi (Abade Panormitano), Francisco Zabarella, Pedro de Ancarano, António de Budrio e Felino Sandeo.

algumas *constituições* de imperadores medievais (v. g. as *constituições fredericianas*) e, ainda, pelo tratado de *paz de Constança*, assinado entre Frederico I e certas cidades do norte de Itália.

É oportuno esclarecer alguns aspectos desta divisão.

Assim, a tripartição do *Digesto* e as designações adoptadas, parecem reflectir a cronologia da descoberta dos respectivos manuscritos. Sucessivamente descobertos o *Digestum vetus* e o *novum*, teria ficado por conhecer a parte intermédia, compreendidda entre o tit. II do livro XXIV e o livro XXXIX; diz a tradição que Irnério, ao achar a parte que faltava, teria exclamado — «*ius nostrum infortiatum est*» — o nosso direito está aumentado, está mais forte.

Trata-se de explicação que remonta a Odofredo, jurista do século XIII, ainda que outras interpretações hajam sido tentadas [1].

O facto de o quarto livro, na sistematização referida, compreender, só, os primeiros nove livros do Código, tem, também, uma explicação: é que esses eram os que maior interesse ofereciam, uma vez que os três últimos se encontravam directamente ligados à organização político-administrativa de Roma, por completo ultrapassada. Enfim, a designação dada ao quinto livro, de *Authenticum* provinha de ser esta colecção de novelas a matéria de maior importância prática que nele se incluía; a denominação de *Volumen parvum* explicava-se por ser o quinto livro mais pequeno que os restantes [2].

3. *A Dialéctica como lógica do provável, em Aristóteles. Probabilidade e opinião* [3]. Mas façamos um pequeno parêntese para examinar o modo de pensar medieval. Logo no início da *Tópica*, afirma Aristóteles que — «*O presente tratado propõe-se encontrar um método que nos tornará capazes de raciocinar dedutivamente, tomando apoio em ideias admitidas sobre todos os assuntos que se podem apresentar, como também, quando tivermos, nós próprios, de responder a uma afirmação, de nada dizer que lhe seja contrário* (...)» [1]. Nas duas partes desta frase, acham-se delimitadas as funções da *disputa dialéctica:* a definição das regras da discussão, do diálogo, onde há quem afirme e quem negue determinada proposição. Esta proposição, que constitui o fulcro ou objecto da disputa, é o *problema.* Mas que é o raciocínio dedutivo? Responde Aristóteles ser ele «*uma fórmula de argumentação, na qual, sendo dadas certas coisas, se segue necessariamente uma coisa distinta das que foram dadas, pela própria força do que foi dado*» [2]. Ora «*há demonstração quando os pontos de partida da dedução são afirmações verdadeiras e primeiras, ou, pelo menos, afirmações tais que o conhecimento que se tem surge por intermédio de certas afirmações primeiras e verdadeiras; é, ao contrário, uma dedução dialéctica quando ela toma como ponto de partida ideias admitidas*» [3]. E, continua Aristóteles: «*São verdadeiras e primeiras as afirmações que produzem a convicção, não por uma razão a elas exterior, mas por elas mesmas (frente aos primeiros princípios dos conhecimentos, com efeito, já não é legítimo colocar-se, ainda, a questão do seu porquê: cada um deles, tomado em si mesmo, deve ser totalmente convincente); são ideias admitidas, em contrapartida, as opiniões partilhadas por todos os homens, ou por quase todos, ou por aqueles que representam a opinião esclarecida, e no que diz respeito a estes últimos, por todos ou por quase todos, ou pelos mais conhecidos e os melhor admitidos como autoridades*» [4]. Aqui temos, assim, a distinção fundamental entre o discurso ou silogismo *científico* e o discurso ou silogismo *dialéctico*. O silogismo científico

1 Assim, segundo Placentino, a última parte do *infortiatum*, incluída entre as palavras *tres partes* do fragmento 82 do livro 35, título 2 e o fim, teria sido, primeiramente, designada por *tres partes* e estava compreendida no *Digestum Novum;* quando mais tarde foi ligada ao segundo volume, este teria ficado com o nome de *infortiatum* (reforçado, acrescentado). Cf. R. Martini — *Avviamento Esegetico allo Studio del Diritto Romano*, Turim, 1967, 41.

2 Veja-se Calasso — *Medio Evo*, 526 e segs. e, agora, entre nós, A. Hespanha — *História*, 489 e segs.

3 Vejam-se C. A. Viano — *La Dialettica in Aristotele* in *Rivista di Filosofia, Studi sulla Dialettica*, vol. XLIX, Turim, 1958, 154-178; Edmund F. Byrne — *Probability and Opinion — A Study in the medieval presuppositions of post-medieval theories of probability*, Haia, 1968; L. M. Régis — *L'Opinion selon Aristote*, Paris-Otawa, 1935; J. M. Le Blond — *Logique et Méthode chez Aristote — Étude sur la recherche des principes dans la physique aristotelicienne*, Paris, 1970; Giulio Preti — *Retorica e Logica — Le due Culture*, Turim, 1968; Alessandro Giuliani — *Il Concetto di Prova — Contributo alla Logica Giuridica*, Milão, 1971; Th. Deman — *Probabilisme* in *Dictionnaire de Théologie Catholique*, Paris, 1936, col. 431; Benedetto Riposati — *Studi sui «Topica» di Cicerone*, Milão, 1947; Lucio Rodrigo — *Praelectiones Theologico-Morales Comillenses*, Série I — *Theologia Moralis Fundamentalis*, Tomo IV, *Tractatus de Conscientia Moralis*, II, Santander, 1956 e *De Historicis Exordiis et Vicibus Probabilismi Moralis — Relectio Critica*, Santander, 1953; V. Piano Mortari — *L'Argumento ab Auctoritate nel Pensiero dei Giuristi Medievali* in *Riv. Ital. Sc. Giur.*, 1954, 457 e segs; L. Lombardi — *Saggio*, 123-124 e 164 e segs.; Mario Sbriccoli — *L'interpretazione dello Statuto*, Milão, 1969 e Gerhard Otte — *Der Probabilismus: eine Theorie auf der Grenze Zwischen Theologie und Jurisprudenz* in *Quaderni per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, 1, La Seconda Scolastica nella Formazione del Diritto Privato Moderno*, Milão, 1973, 283-302. Entre nós, A. Hespanha. *História*, 470 e segs.

1 *Top.*, I, 1, 100 a, 18-21.

2 *Top.* I, 1, 100 a, 25-30.

3 *Top.* I, 1, 100 b, 17-23.

4 *Top.* I, 1, 100 b, 18-23.

parte de premissas *verdadeiras;* o silogismo dialéctico de premissas *opinativas*, de ideias admitidas, aceites. Por isso, o primeiro caso não envolve um processo *dialógico:* quem raciocina a partir de verdades evidentes, fá-lo solitariamente, não disputa. A premissa verdadeira é uma asserção. Não assim, no silogismo dialéctico: aqui, achamo-nos no campo da *opinião*, do *provável*, do *disputável*. O ponto de partida não é a verdade evidente, a certeza dos princípios, mas sim o *problema*, ou seja a questão em que há controvérsia de opiniões; em que nunca há conhecimento certo, mas, apenas, conhecimento provável. A premissa opinativa tem, substancialmente, forma interrogativa e não assertória. Afirma-se que dois e dois são quatro; interroga-se sobre se se pode, ou não, matar em legítima defesa de bens materiais. Uma coisa é o mundo da *ciência;* outra é o da *opinião*. E o *verdadeiro* está para a *ciência*, assim como o *provável* está para a *opinião*. O terreno da *dialéctica* é, pois, o da *opinião*, ou, se se quiser, o da controvérsia das opiniões. E não há controvérsia nas hipóteses em que uma dada proposição é aceite por todos (proposição *eudoxal*) ou por todos é rejeitada (proposição *paradoxal*) [1]: estas as fronteiras da discussão dialéctica, o mundo das opiniões mais ou menos aceites. Como bem sintetiza Viano, os seus limites são a *certeza absoluta* e a *total incredibilidade* [2]. Ora uma opinião pode ser confrontada com outra opinião, pode ser substituída por outra opinião, mas não pode ser substituída, definitivamente [3]. Por isso, a dialéctica «*permanece sempre uma lógica do provável, ou seja uma lógica que, em última análise, faz apelo às crenças existentes*» [4].

Mas porque é, então, *provável* a opinião partilhada «por todos os homens, ou por quase todos, ou por aqueles que representam a opinião esclarecida, e no que diz respeito a estes últimos, por todos, ou por quase todos ou pelos mais conhecidos e os melhor admitidos como autoridades»? Neste ponto, de acordo com Régis, o filósofo grego cumula duas noções que, mais tarde, os autores latinos distinguirão: a de *senso comum* e a de *fides humana*. Na verdade, para ele, na base do conhecimento *provável* acha-se a relativa infalibilidade

1 *Top.* I, 10, 104 a, 4-8.

2 Viano — *La Dialettica, 174.*

3 Viano — *La Dialettica,* 176.

4 Viano — *La Dialettica,* 177-178. «Per Aristotele la dialettica è una logica minore che vive nel campo della ricerca e della discussione, dove le correzioni sono possibili, ma non raggiunge mai la conoscenza, la verità, la dimostrazione. Essa resta sempre una logica del probabile, cioè una logica che in ultima analisi fa appello alle credenze costituite».

do senso comum ou a competência científica. Sempre que se trate de matéria delimitada, como a Medicina ou a Geometria, é *provável* a opinião dos médicos ou dos geómetras; nos casos mais gerais, será, então, provável a opinião do senso comum [1].

Mas, perguntar-se-á, ainda: porquê esta confiança no género humano, no seu todo, ou nos peritos? Como fundamento dessa posição, acha-se a chamada noção teleológica das naturezas. O próprio Aristóteles afirmou — «Cada um tem em si uma inclinação natural para a verdade». A inteligência — como diz Régis — «é a faculdade do verdadeiro, a sua natureza leva-a, com todo o seu peso, a pôr-se em adequação com o real; ela, não se pode, pois enganar, pelo menos quando tomada na maioria dos homens e para a maioria dos casos (...); *de outro modo, a verdade seria acidental na inteligência e o que constitui o termo formal da nossa faculdade, a sua qualidade essencial, tornar-se-ia um acidente; isso seria, em definitivo, constituir a anormal lei das naturezas*» [2]. O que acontece, com frequência no *indivíduo* — *errar* — não deve acontecer no *género*.

4. *O argumento de autoridade na ciência jurídica medieval. Acúrsio, Bártolo e communis opinio doctorum.* Mas recapitulemos: no campo da *Dialéctica*, lidamos com a *opinião*, apoiada na *autoridade*. Passemos, pois, ao direito medieval e falemos da *autoridade* da *Glosa de Acúrsio*. Há a ter presente — como se sabe — que o *Corpus Iuris* carecia de uma classe de intermediários explicadores; a praticabilidade dos textos justinianeus depende da existência de uma classe de juristas, que se apodere do seu conteúdo e o revele na vida quotidiana [3]. O *Corpus* necessita, em absoluto, de intérprete e este — pelas inerentes dificuldades — tem de ser um profissional, *um jurista*. Nem sempre, porém, escusado será dizê-lo, as interpretações dos *glosa-*

1 L. M. Régis — *L'Opinion,* 138.

2 L. M. Régis — *L'Opinion,* 139; veja-se, também J. M. Le Blond — *Logique et Méthode,* 15 e o estudo — um pouco disperso — de Klaus Oehler — *Der consensus omnium als Kriterium der Wahrheit in der antiken Philosophie und der Patristik* in *Antike und Abendland,* Berlim, tomo 10, 1961, 103-129.

3 Daí, a importância política assumida pelos *doutores*, pelos *letrados*, que virão a constituir um *quarto estado*, já assim denominado nas Cortes de 1385. Cfr. por último, A. Hespanha — *História,* 418 e segs. e J. Gaudemet — *La Contribution des Romanistes et des Canonistes Medievaux à la Théorie Moderne de l'Etat,* comunicação apresentada ao Congresso de Nápoles (1980) da *Società Italiana per la Storia del Diritto*. A soberba dos Doutores assume aspectos muito significativos. Veja-se o passado com o Doutor Diogo Pinheiro, doutor por Sena e que se acha narrado nos anónimos *Ditos Portugueses dignos*

dores eram coincidentes. Sendo assim, se o direito do *Corpus* não é praticável sem «sacerdotes» e se estes não são concordes, acha-se aberto o caminho para o argumento de *autoridade:* o *Corpus* precisa de uma interpretação *«autorizada»*, de uma interpretação *«garantida»*. É Acúrsio que vai preencher essa carência, condensando — já o vimos — todo o trabalho da escola dos glosadores, na *Magna Glossa:* a sua obra é uma *summa glossarum*[1]. A partir da *Magna Glossa* desaparecem do uso forense as interpretações que, nela, não foram recolhidas[2]. Se *texto* e *interpretação* — pelas razões acima apontadas — tendem a formar um todo, depois esse texto será constituído por *texto* e *interpretação autorizada*, por texto e Acúrsio. Em princípio, os textos do *Corpus* só se copiam com o *apparatus* acursiano e as próprias partes do direito justinianeu, que não foram glosadas, saem da prática forense[3].

É evidente que o grau de autoridade da Glosa de Acúrsio não foi sempre o mesmo, através dos tempos. Parece indúbio que logo após o seu aparecimento, atinge um elevado grau de autoridade, que tem a contraprova no facto de passar a constituir o *apparatus ordinário;* mas não menos certo é que, a partir desse momento, a partir da altura em que *texto* e *interpretação* passam a viver compenetrados, a

de memória — História íntima do século XVI anotada e comentada por José Hermano Saraiva, Lisboa, s. d., mas 1982, n. 627, 225: «O Doutor Diogo Pinheiro, que depois foi bispo do Funchal [onde, digamos, nunca pós os pés] foi procurador no feito de D. Fernando, duque de Bragança, e nele pôs muito estudo e diligência até se dar sentença. Sucedendo D. Jaimes no estado do duque seu pai, mandou dizer ao doutor se queria viver com ele, que lhe faria muitas honras e mercês. *E, porque naquele tempo não havia muitos doutores e os que havia eram muito estimados, respondeu-lhe ele que doutores e falcões não eram senão para reis*» (sublinhado nosso). Veja-se, também, G. Le Bras — *Velut splendor firmamenti: le docteur dans le droit de l'Eglise médievale* in *Mélanges offerts à E. Gilson*, Toronto-Paris, 1959, 373-388 e Mario Sbriccoli — *Politique et interprétation juridique dans les villes italiennes du Moyen Âge* in *Arch. de Phil. du Droit*, t. XVII, Paris, 1972, 99 e segs.

1 U. Nicolini — *I Giuristi Postaccursiani*, 868.

2 Savigny — *Histoire du Droit Romain au Moyen-Age* (trad. Guénoux), tomo IV, Paris, 1839, 151, faz notar que cessou a leitura e a cópia das glosas antigas que, muitas vezes, foram mesmo materialmente destruídas: nalguns manuscritos, verifica-se que glosas antigas foram raspadas, para se introduzir a glosa de Acúrsio. Ultimamente, L. Lombardi — *Saggio*, 112, afirma que a *Magna Glosa* «tem os mesmos efeitos que tinha tido o *Digesto* de Justiniano sobre os escritos dos clássicos: salvar o que se inclui, fazer cair no esquecimento o que se exclui».

3 L. Lombardi — *Saggio*, 113.

autoridade da Glosa irá, ainda, crescer[1]. *Direito* será aquilo que a Glosa diz ser *Direito*. Testemunhando a fortuna da *Glosa*, dirá Villani — escritor dos finais do século XIV — «que (Glossae) tantae auctoritatis, gratieque fuere, ut consensu omnium publice approbarentur; et spretis abolitisque penitus aliis, sole iuxta textus legum appositae sunt, *et ubique terrarum sine controversia pro legibus celebrantur, ita ut propemodum nefas sit, non secus quam textui, glossis accursii contraire* (...)[1].

De qualquer modo, nos primeiros tempos, a autoridade da *Glosa* manifesta-se, principalmente, no campo do foro. A escola mostra-se mais renitente: ainda no século XIII, Dino de Mugello afirmará que *«hic dicitur et solvitur valde male in glossa* (...) *manifeste falsum»*, que *«istae glossae nihil quasi faciunt ad propositum, satis certaverunt de lana caprina et finaliter non posuerunt veritatem»* ou que «(...) *unde omnia verba sunt supervacua*»[2]; e, também, Cino de Pistoia dirá que *«solutio est quaedam truffa»*, que *«responsio est derisibilis»* ou que *«glossa falsum dicitur»*, *«decipitur»*[3]. O mesmo Cino vai verberar, com violência, os advogados que preferem, ao texto, a Glosa — «*Si non moveris propter textum* (...) *audi tu advocate idolum tuum i.e. glossam»*, *«contra te advocatum, qui non vis silere propter textum, induco aliam glossam* (...)»[4].

A pouco e pouco, porém, a *Glosa* vai-se impondo nos próprios ambientes universitários. Não quer isto dizer que, no ensino — e este aspecto é muito importante — se aceite a interpretação da *Glosa* como *necessária*, como *vinculativa*. Não, a interpretação da *Glosa* — como, em geral, a interpretação da *doutrina*, — é simplesmente *pro-*

1 É interessante um passo de Alexandre Tartagni, conhecido intérprete da segunda metade do século XV, onde se acena a esse aspecto de *incorporação* das glosas no *Corpus*: «*cum ergo glossae omnes incorporatae in corpore iuris interpretatae sint ius commune, et Doct. communiter, et praesertim Moderni secuti sunt glossas illas; ergo sufficit allegare authoritatem earum* (...)» in Alexandre Tartagni — *Consiliorum seu Responsorum*, Liber IV, Francoforte, 1610, cons. LV, n. 14, 1.ª col., 95. E no *Repertorium* de Bertachinus (Lião, 1532, Secunda Pars, fl. 64 v.) diz-se que «*glossa sufficit pro textu, quando textus non reperitur*». Sobre Alexandre Tartagni, veja-se A. Sabattani — *De Vita et Operibus Alexandri Tartagni de Imola*, Milão, 1972.

2 Referido em Savigny — *Histoire*, tomo IV, 149, nota (25) e analisado, também, em U. Nicolini — *I Giuristi Postaccursiani*, 911-912.

3 Cfr. Engelmann — *Die Wiedergeburt*, 197.

4 Cfr. Engelmann — *Die Wiedergeburt*, 195. Veja-se, também, U. Nicolini — *I Giuristi Postaccursiani*, 872.

vável [1]. Todavia, fora do ensino, tende a admitir-se que na actividade *judicativa* e *consiliar — in judicando et consulendo —* é de aceitar e seguir a autoridade da *Glosa* [2]. Adiante retomaremos este tema.

Dissera Acúrsio que o jurista se devia agarrar ao texto, tanto como os Bolonheses se agarravam à volta do *carrocio:* o *carrocio* era o carro em que se colocava o estandarte da república, durante os combates. Agora, os Doutores — Baldo, segundo parece, terá sido o primeiro — dirão — «*Adhaereas glossis ordinariis sicut Bononienses adhaerent Carocio*» ou — «*Adhaereas carocio veritatis, id est glossatori*». Substitui-se o *texto* pela *Glosa:* onde antes se recomendava *adhaerere* ao *texto,* recomenda-se, agora, *adhaerere* à *Glosa.*

Dizia Cícero que — *auctoritatem aut natura aut tempus adfert* [3]. Assim, depois da *Glosa de Acúrsio* vão surgir novos engenhos e tempos, originando novas *auctoritates.* Será, ainda no século XIII, a *auctoritas* de um Dino de Mugello, canonizada nos *Estatutos de Verona,* como critério de decisão, quando as glosas de Acúrsio se mostrassem contraditórias; será a *auctoritas* de um Cino de Pistóia, formada com fundamento no seu *comentário* ao *Código;* mas será, principalmente, a partir do século XV, a *auctoritas* de um Bártolo e de um Baldo [4], em especial a do primeiro. Bártolo vai receber preito de vassalagem, esgotando a adjectivação. *Princeps legistarum,* no dizer de Jasão; *luminar iuris civilis ardentissimum* e *uberrimum iuris fons,* na pena de André Barbazza; *iuris civilis speculum et lucerna,* na afirmação de Angelo; e Luís Romano não hesitou em escrever que *in Bartolo semper esse solet substantia veritatis* [1].

Ora bem: o surgir de novas *auctoritates* — entre as quais a de um Bártolo — colocava a questão de saber o procedimento a seguir, quando do conflito entre elas e a Glosa.

Deve dizer-se que Acúrsio, como *auctoritas* individual, não será suplantado. Essa supremacia é, primeiro, atestada de um modo genérico, afirmando-se que a sua autoridade é *máxima, suprema,* que antecede todas as outras [2]; depois, com o aparecimento de Bártolo, ir-se-á dizer, concretamente, que, ainda assim, a *auctoritas* de Acúrsio se sobrepõe à do jurista de Sassoferrato [3].

Mas há a ter em atenção que, a pouco e pouco, irá surgir uma nova autoridade — esta colectiva — que se irá sobrepor a todas as autoridades individuais — é a *comum opinião dos doutores,* a *communis opinio doctorum.* Dela falaremos a seu tempo.

5. *Recepção do direito romano em Portugal.* Como é que o direito romano justinianeu vem a ser recebido em Portugal?

A um primeiro exame — como acima se teve ocasião de apontar — não parece o facto de fácil explicação. O direito romano é a ordem jurídica do *Sacrum Imperium,* instituição política que, *de jure,* afirma um «*dominium*» sobre toda a Europa cristã. O Reino de Portugal —

---

1 Cfr. Engelmann — *Die Wiedergeburt,* 194 e 211, onde se refere Alberico de Rosate in D.V. de *statu hom.* 1.12: «*Puto, quod glossae et opiniones doctorum possint in causis probabiliter allegari, non quod inducant necessitatem* (...) *et ideo judicio meo male dicunt, quod non recederent a glossa in judicando, nam et glossatores homines fuerunt et errare potuerunt et saepe sibi ipsis contradicunt*»; Bártolo in *D.V. de reb. cred.* 12. 1. l. 1. n. 20: «*autoritas doctoris, licet sit probabilis, non est necessaria*»; Paulo de Castro in *D.V. de reb. cred. 12. 1. l. 1:* «*in casibus multum dubiis adhaeremus autoritatibus. Est ergo probabilis argumentatio non necessaria*». Também Lucas de Pena in *C. XII. 15. 1. n. 11* fala da «*professoria seu magistralis professorum seu doctorum* (interpretatio) *ut hic quae non est necessaria sed probabilis, quia nemo cogitur stare verbis magistri* (...)».

2 Assim, Pedro Filipe Corneus (1420-1492) — *In Sextum Librum Codicis,* Lião 1519. De bonis que libe., l. quod scitis, § Sin autem, fol. CLXXI n. 2: «*Et hoc est multum ponderandum quia maxima est auctoritas gl. maxime in decisiuis, imo in practica videtur haec pars sequenda* (...)».

3 Cícero — *Top.,* 19, 43.

4 A *auctoritas* de ambos é, por vezes, simultaneamente citada. Assim, Luís Romano, *cons. 480,* n. 4: «de quibus legibus ad hoc faciunt virtutes *nostri Bartolus et Baldus*»; Jasão, *cons. II,* 146, n. 18: «consideret unusquisque in praesenti causa judicaturus, quanta sit in consulendo et judicando *autoritas Bartoli et Baldi*». Cfr. Engelmann — *Die Wiedergeburt,* 237.

1 Estes e outros elogios podem ver-se em Nicolau Everardo — *Loci Argumentorum Legales,* Lião, 1556, *locus ab Autoritate,* 507.

2 A mero título de exemplo, Bártolo, *D. V. de J. et J. 1, ut vim,* n. 8: «sed dico, quod est glossa, quae hoc ad litteram dicit (...) *cujus autoritas est major quam ipsorum opinio*»; R. Fulgosio, *Cons. 50,* n. 2: «quos supremae forte autoritatis tam in scholis quam in foro nemo est qui nesciat»; Socino, *Cons. IV,* c. 35: «*cum auctoritas glossae caeteras antecellat, ut dicit Baldus*». Cfr. Engelmann — *Die Wiedergeburt,* 197 e 191 e, também, todas as citações de 199.

3 R. Fulgosio, *cons. 116,* n.º 3: «Licet Bartolus hunc intellectum Glossae reprobet, *tamen major est glossae autoritas quam Bartoli*»; Paulo de Castro, *VI. C. de inst. et subst. l. fin:* «*Quidquid autem Bartolus dicat, omnes moderni reprobant materiam suam* (...) *tene ergo lecturam glossae, et dicit Baldus, quod propter fantasias Bartoli non debemus a Glossa recedere*». Cfr. Engelmann — *Die Wiedergeburt,* 235-236. Ainda Rafael Cumanus — *Consilia,* Tridini, 1521, cons. 176, fl. 70: «unde secundum verum Bartoli intellectum *est servandum cum glossae non adversetur auctoritas*»; André Barbazza — *Consilia,* Vol. III, Veneza, 1580, cons. 53, n. 7: «Nec ob. cum allegatur dictum Bar. (...) *quia glossa est ibi contra eum et etiam gl. in d.c. potuit et maioris auctoritatis fuerunt dictae glo. quam Bar. facit* quod not. Bal. in l. precibus C. de impub. et in suo peculio et Salycet. in l. traditionibus C. de pac Iaco. Bu. in l.j.C. *qui pro sua iurisdi.* et Bal. in l. cum haereditas C. deposi., *ubi dicit, quod auctoritas gl. omnes alios antecedit* (...)».

já o vimos, também — nega qualquer supremacia imperial. Ora, não será, então, contraditório negar a supremacia do Império e, do mesmo passo, admitir ou receber o direito romano, a ordem jurídica desse Império? A interrogação repousa em base indiscutivelmente lógica e não terá faltado na península hispânica quem, com fundamento na «*exemptio Imperii*» ou em certa disposição do *Código Visigótico*, recusasse a aplicação das leis romanas [1].

Pode aqui, no entanto, fazer-se uma observação prévia: é que uma coisa é admitir a vigência do direito romano, *porque direito do Império*, e outra admiti-lo, *porque nesse sentido se manifestava a vontade dos monarcas*. Neste último caso, encontra-se salvaguardada a independência do rei. Todavia, fica de pé, ainda, o *porquê* dessa *recepção*, o motivo por que os monarcas querem, precisamente, receber o direito do Império.

Tentemo-lo explicar. Há que relembrar que a Igreja tem o seu início no Império, e que, desaparecido este no Ocidente, nem por isso deixará de ser o direito romano a sua «*lex terrena*», o seu direito em matéria temporal. Sem dúvida que a Igreja, em secular evolução, vai criar o seu direito, o direito canónico. Não menos certo é, porém, que pelo facto de o direito canónico ser muitas vezes insuficiente, fragmentário, até porque legislado tendo como pano de fundo o direito romano, que se pretende corrigir ou esclarecer, sucede que a Igreja não pode, na verdade, durante muito tempo, prescindir do auxílio das leis romanas.

Assim, vemos Graciano, no *Decretum*, recordar o princípio de que — «*totius legibus imperatorum in ecclesiasticis negotis utendum est, quoties sacris canonibus obviare non inveniuntur*». O direito romano será de aplicar sempre que não contrarie o canónico. A crescente influência do direito romano, mais vincada a partir de pouco depois

1 Assim, o canonista Lourenço Hispano, baseado na «*exemptio imperii*», nega a aplicação das leis romanas na península (cfr. Gaines Post — *Studies in Medieval Legal Thought — Public Law and the State, 1100-1322*, Princeton, 1964, 466, que cita Kuttner, *Festschrift Wolff*, 96, n. 73); também, Vicente Hispano, referindo-se às leis romanas, diz: «*Non utuntur in hyspania. Prima lex in libro iudiciorum legion. hec est: Quicumque receperit leges romanas, capite puniatur*». Esta *prima lex*, referida por Vicente Hispano, é a lei VIII do livro II do título I do *Código Visigótico*, que já atrás citámos, como tendo sido aduzida por Afonso II para contrariar as provisões do dominicano Soeiro Gomes. Na verdade, na parte final dessa lei do Código, diz-se: «(...) *nolumus sive romanis legibus, seu alienis institutionibus amodo amplius convexari*». Porém, de acordo com o Código Visigótico, parece que a pena aplicável a quem desobedecesse à lei, era pecuniária e não capital. Cfr. Gaines Post — *ob. cit.*, 490, nota 189; Ana de Lima Machado — *ob. cit.*, 123; M. de Albuquerque — *ob. cit.* 23, nota (53) e, principalmente, Ochoa Sanz — *Vincentius Hispanus, canonista boloñes del siglo XIII*, Roma-Madrid, 1963, 17, nota (38).

do início do século XIII, vai conduzir a um fenómeno, por vezes denominado de *penetração* ou *recepção* no direito canónico [1]. Essa recepção busca uma harmonização dos dois direitos: do mesmo modo que dentro da *Respublica Christiana* existem dois gládios, o espiritual e o temporal, o Papado e o Império, assim, em princípio, existirão dois direitos, o canónico e o romano; o primeiro, nas cousas espirituais, o segundo, «*in temporalibus*».

Também a inseparabilidade dos *dois gládios* [2] se projecta nos *dois direitos:* e a expressão usada para os designar, na terminologia da época, é bem fiel — «*utrumque jus*» — isto é, *um e outro direito*. Dois direitos que, por incindíveis, logicamente, devem — ou melhor dizendo — têm de ser harmónicos. Por isso — e assente, num primeiro período, a supremacia do gládio espiritual — também, com naturalidade, sem discussão, a *Glosa* dirá que, em caso de conflito entre direito romano e canónico, se aplicará este último — «*succumbit ergo lex canoni ubi est ei contraria*».

Talvez estas observações possam contribuir, já, para uma primeira aproximação do *porquê* do recebimento do direito romano em Portugal.

É que, na verdade, o direito romano não é apenas o direito do Império; é, também, e principalmente, um dos ordenamentos do «*utrumque ius*», é o direito, de um modo geral, aprovado pela Igreja *in temporalibus* [3].

Deste modo, em certa medida, a recepção do direito romano em Portugal (e noutros Reinos europeus), é precedida e condicionada pela recepção do direito romano no direito canónico. É a posição institucional da Igreja em toda a Cristandade que contribuirá para a difusão do direito romano, do «*direito comum*», comum na medida em que plana por cima do chamado *ius proprium*, isto é, do direito legislado por poder político não imperial como, por exemplo, o dos *reis*.

1 Veja-se *Histoire du Droit et des Institutions de l'Eglise en Occident*, t. VII — *L'Age Classique cit.*, 171 e segs.

2 O. A., 2. 7. art.º LX: «ca em esto hũa jurdiçom deve seer ajudada pela outra: ca assy os Direitos seus Canonicos, que huũ braço deve d'ajudar ho outro».

3 Por isso, Huguccio de Pisa sustentará que todos os reinos devem observar as *leis romanas*, pelo menos as que são aprovadas pela Igreja — «*Ideo saltem ratione pontificis subsunt imperio; omnes enim christiani subsunt apostolico, et ideo omnes tenentur vivere secundum leges romanas, saltem quas aprobat ecclesia*»; cfr. De Vergottini — *Lezioni*, 208 e segs. Para o pensamento de Huguccio, veja-se G. Catalano — *Imperio, regni e sacerdozio nel pensiero di Uguccio da Pisa* in *Riv. di Storia del Diritto Italiano*, XXX (1957), depois publicado, autonomamente, com maior desenvolvimento, Milão, 1959.

Não deixa de ser curioso recordar o já citado testamento de D. Fernando Martins, bispo do Porto, falecido em 8 de Novembro de 1185, no qual se diz que:

«Mando Portugalensi Ecclesiae *decreta mea et institutiones et autenticam et novellam sicut sunt in uno volumine et sumam decretorum et institutionum et codicis siti in alio volumine* .....

.....

Mando Bracharensi Ecclesiae codicem meum et *digestum vetus et novum in tres partes cum isforciato*, et psalterium glosulatum».

Para além do testemunho que se colhe de indubitável conhecimento do direito romano justinianeu estudado na escola de Bolonha (veja-se, v. g. a divisão do Digesto) [1], é interessante notar-se que a unidade espiritual dos direitos canónico e romano, atrás aludida, encontra aqui uma correspondência material: as obras de um e outro direito, acham-se reunidas, ligadas, num mesmo volume [2].

Admitamos, pois, que a Igreja vai favorecer a recepção do direito romano. Digamos, até, que quando aos monarcas europeus se coloca o problema político da *exemptio imperii*, o processo de recepção, por obra da Igreja, havia já começado. Ora, porque motivo vão os reis, no caso concreto, de Portugal, favorecer essa política de recepção?

Já vimos que os monarcas que não reconhecem a supremacia do imperador, que se dizem *superiorem non recognoscentes* [3], afirmam, igualmente, que *rex in regno suo est imperator*.

Quais as consequências desta posição? Observámos como o renascimento e fortalecimento da ideia imperial haviam transformado um rei barbárico em imperador; agora, na medida em que os vários *reges* da Europa, se afirmam, nos seus Reinos, iguais ao *imperator*, sucede que são eles próprios que passam a construir o seu poder político à semelhança do do imperador. A reacção dos monarcas não vem dizer que o *imperator* é apenas e só um *rex* igual aos outros; vem dizer, sim, que, no plano jurídico-político, os *reges*, dentro dos seus reinos, são *imperatores*.

Nas *Siete Partidas*, legislação castelhana que — como, em seguida, veremos — foi traduzida em português e, no nosso país, aplicada como *fonte de direito*, afirma-se, após se definirem os poderes imperiais, que — «*Sabida cosa es que todos aquellos poderes que desuso deximos que los emperadores han et deben haber en las gentes de su imperio, que esos mismos han los reys en las de sus regnos mayores*» [1].

Ora, o *imperator* dos textos justinianeus é o *princeps* cuja vontade é lei, que se encontra *legibus solutus*, que tem a *plenitudo potestatis*; não é o rei bárbaro que costuma legislar só após ouvir o conselho de magnates, leigos e eclesiásticos. Compreende-se, pois, o interesse que os reis são levados a ter por um direito que lhes dá preeminência e poder absoluto, até então não possuídos [2]. Na medida em que o *rex in regno suo est imperator*, ele acaba, até, por ser como que um continuador dos antigos imperadores romanos.

D. Dinis, o mesmo que não poupava ameaças ao legado imperial que, abusivamente, praticara certos actos no reino, dirá, numa sua lei de 4 de Maio de 1305, que — «*Ca seede certos que de dereyto antjgo, e das leys dos enperadores que ante nos forom* nenhuũ homem de concelho nom pode seer caualeiro nem auer honrra de caualaria, senom per seu Rey ou per seu filho» [3]. A justificação da medida está, apenas, no ser *direito antigo*, que se acha estatuído nas «*leys dos enperadores que ante nos forom*».

Quando se começa a manifestar, em Portugal, a influência do direito romano justinianeu?

Julgamos que já algumas leis de Afonso II, da Cúria de 1211, são, dela, testemunho. Em abstracto, talvez se possa dizer que essas leis tanto podem ser devidas a influência do *renascimento* do direito romano, como a reminiscência de leis contidas no *Breviário de Ala-*

---

1 Mas mais importante, ainda, é a menção da *autentica* e da *novella*, própria do ambiente dos glosadores. A designação de *authenticum* (ou *authentica)* era dada à colecção completa das novelas; *novella* era a denominação do *epitome Juliani*. Cfr. Savigny — *Histoire du Droit Romain au Moyen Age* (trad. Guénoux), tomo III, Paris, 1839, 350 e segs.

2 Braga da Cruz — *O direito subsidiário*, 183, nota (7) concorda connosco no facto de ser interessante «as colectâneas justinianeias figurarem na biblioteca do bispo testador à mistura, nos mesmos volumes, com os textos canónicos». Todavia, parece-lhe excessivo querer ver, aqui, uma concretização material da «unidade espiritual dos direitos canónico e romano». Não julgamos dever mudar de opinião. É a unidade espiritual do *utrumque ius* que faz com que o bispo, nas questões que tem de julgar ou interpretar, aplique os dois direitos. E é, por isso, numa concretização material, que as obras dos direitos romano e canónico surgem encadernadas, ligadas num mesmo volume. No sentido defendido no texto, Marcello Caetano — *História* (1981), 339-340.

3 Dirão, mais tarde, as *O.A.* 3. 31. 1 — «E Achamos por Direito, que somente ao Principe, que não reconhece superior, he dada Authoridade, que em todo caso possa julgar segundo sua consciencia (...).» Também, 3.36, pr. e 3.36. 2.

1 *Part. II, tit. I, l. 88;* cfr. De Vergottini — *Lezioni*, 239.

2 O.A., 3.30.4: «porque somos certamente emformado, que per Direito Imperial nos he dada Authoridade por rezam de Excellencia do Nosso Real Estado, que possamos geralmente julgar assy nos Feitos nossos (...)».

3 *Livro das Leis e Posturas*, fl. 66 *(ed. cit.)*, 202-3.

rico [1]. No entanto, se, hoje, possuímos elementos indubitáveis para afirmar que o direito justinianeu era conhecido, a esse tempo, em Portugal, parece mais aceitável que as leis de Afonso II, em questão, tenham sido por ele influenciadas [2] e não por uma remota tradição do Breviário de Alarico que só, inopinadamente, nesse momento, tivesse revivido [3].

Não deixa de ser certo, porém, que é a partir de Afonso III que a recepção do direito romano se começa a processar com carácter de ininterrupta continuidade. Vamos encontrar muitas leis que quase são tradução ou manifestam decisiva influência do direito justinianeu [4]; noutros casos, ainda, o rei ou a corte, como que pressupondo uma natural *subsidiaridade* do direito romano, sentem necessidade de, em casos concretos, afastarem a aplicação de certas normas do direito justinianeu [5].

6. *Recepção do direito romano em Portugal (continuação). Influência castelhana provinda das obras doutrinais de Jácome Ruiz e da legislação elaborada por Afonso X, o Sábio.* Viu-se existir um ambiente propício à recepção do direito romano: queria-a a Igreja, queria-a o Rei. Mas, conhecer, dominar o direito romano justinianeu era empresa muito difícil. Difícil, pela vastidão do *Corpus Iuris Civilis;* difícil, pelo conteúdo e técnica da compilação — «*leges*» e «*iura*», com frequência, contraditórios; difícil, ainda, por se encontrar escrito num latim que seria acessível a letrados, leigos ou eclesiásticos, mas não a muitos dos que tinham de lidar com os problemas da justiça.

[1] Assim, Gama Barros — *História*, vol. I, 113 e segs. e, segundo parece, Almeida Costa — *Romanismo e Bartolismo no Direito Português*, Coimbra, 1960, (sep. do *Bol. Fac. Dir.*, vol. XXXVI), 26.

[2] Talvez seja, no entanto, de admitir que nalguns casos essa influência romanista tivesse como agente o direito canónico. Assim, no que diz respeito nomeadamente à lei da cúria de 1211 sobre protecção dos bens dos náufragos — lei atrás referida — não deve esquecer-se que as bases romanistas, nela existentes, tinham sido objecto de desenvolvimento no canon 17 do III Concílio de Latrão, de 1179. (Cfr. De Vergottini — *Studi sulla Legislazione Imperiale*, 120).

[3] A esta nossa posição aderiu Braga da Cruz — *O direito subsidiário*, 187, nota (15).

[4] Gama Barros — *História*, vol. I, 115 e segs.

[5] «*e se algũa Ley ou direito ou costume hy a que contra esta minha legitimaçom seja, mando que lhe nom empeesca, nem aquela Ley do Código que falla no titulo dos testamentos que nom son ben feitos que se começa: Conqueritur E o autentico que sse começa Nouissima etc.*»; «*Custume he en casa de Rey que aquela constituçom do Codigo que diz «unde uy siquys in tantum» non seia aguardada*» (cfr. Gama Barros — *História e vol. cit.*, 122-123 e *P.M.H., Leges*, vol. I, 328).

O *Corpus* é demasiado complexo para não carecer de intermediários coordenadores e explicadores [1], facto este que condicionará e explicará o *como* de certos aspectos da recepção. É mais fácil a recepção na corte, por obra dos letrados, do que no âmbito concelhio [2]. Sendo assim, o facto de, no século XIII, surgirem no Reino vizinho obras de carácter *doutrinal* e *legislativo*, escritas em *castelhano*, nas quais a influência do direito romano é muito nítida, vai ser importante factor para a difusão do *ius commune* em Portugal.

Essas obras serão veículos de introdução do romanismo no nosso país. Em primeiro lugar, acham-se escritas em idioma que facilita a sua directa consulta ou tradução; em segundo lugar, são resumos ou sínteses de soluções justinianeias; em terceiro lugar, têm essas obras, relativamente, em atenção, o ambiente hispânico.

No capítulo de *obras doutrinais* há que fazer referência às produzidas por *Jácome Ruiz (Mestre Jacob das Leis, Jácome das Leis)* e que são as *Flores de Derecho* (também chamadas *Flores de las leyes*), o *Doctrinal de los pleytos* e os *Nueve tiempos del juicio* [3].

Tratam estas obras do direito processual civil romano que, no período de que nos ocupamos, irá substituir o processo civil, em grande parte de origem germânica, que forais e costumes municipais reflectem.

A mais importante é as *Flores de Derecho* que — com os *Nueve tiempos del juicio* — se encontram traduzidas, em português, num

[1] P. Koschaker — *Europa y el Derecho Romano*, 113 e segs. e 133 e segs.; Erich Genzmer — *Il Diritto Romano come Fattore della Civiltà Europea*, 19. Como muito bem diz Luigi Lombardi — *Saggio*, 111, isso levará a «fare affermarsi praticamente l'idea che il diritto è cosa da giuristi, che per occuparsi di diritto bisogna studiare, che all'amministrazione della giustizia bisogna preporre persone istruite in diritto o almeno da una tale persona consigliate». Quando, em 1390, Fernão Diniz pretende escusar-se do cargo de juiz, para que fora eleito, no Porto, um dos argumentos utilizados é o de que «*outro sy nom Era Idonyo pera o seer porque nom sabia direitos*». (*Documentos e Memórias para a História do Porto*, II, «*Vereaçoens*», *Ano de 1390-1395*, Porto, s.d., 14).

[2] Reconhecendo-se diferente condicionalismo, sucede que, por vezes, o monarca cria direito novo, só para a *corte*, deixando subsistir, no resto do país, o antigo direito consuetudinário. Numa lei de D. Dinis, de 15 de Setembro de 1313, diz-se que «destas cousas sobredictas *mando que hussen en mha Corte e nos outros logares do meu senhorio mando que se aguardem seus boos hussos e costumes asy como sempre hussarom e costumarom ata aquy*». (*Livro das Leis e Posturas*, fl. 57, 2.ª *col.*, *ed. cit.*, 175). Casos há, em que o rei pretende legislar para todo o território, dizendo, então, que «esto sse entende *também na mha corte como nos meus Reynos* (Lei de 1314, *Livro, cit.*, fl. 60, 2.ª col., *ed. cit.*, 185).

[3] Podem consultar-se em R. Ureña e A. Bonilla — *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes, Jurisconsulto del siglo XIII*, Madrid, 1924.

Códice conservado no Arquivo Nacional da Torre do Tombo, conhecido pelo nome de *Foros da Guarda* [1].

Consoante afirma Merêa — seguindo Herculano — «a circunstância de a versão se encontrar, como as leis gerais de Afonso III, juntas ao caderno de costumes da Guarda mostra que ela devia servir aos alcaldes deste município, e nada nos proíbe de acreditar, antes tudo leva a crer, que estivesse divulgada, pelo país, fornecendo precioso subsídio numa época em que era ainda escassa a legislação processual» [2].

No tocante a *obras legislativas*, tem de se mencionar o *Fuero Real*, publicado ao tempo de Afonso X, o Sábio, e as *Siete Partidas*, reelaboração efectuada por autores desconhecidos, nos fins do século XIII e início do XIV, de um Código de Afonso X (o *Libro del Fuero* ou *Espéculo*).

O *Fuero Real*, composto entre 1252 e 1255, foi redigido com o fim de ser concedido como *fuero* municipal às cidades que o não tinham, ou que já não satisfazia. Era, assim, uma tentativa de unificação do direito municipal. Na sua redacção, foram utilizados um *fuero* municipal muito importante (o *fuero de Soria*), passos do *Código Visigótico*, além de ser patente a influência do direito romano justinianeu. Foi o *Fuero Real* traduzido em português, nos finais do século XIII, numa versão que, igualmente, se encontra no caderno dos *Foros da Guarda* [3]; os argumentos que se apontaram para a aplicabilidade, em Portugal, das *Flores de Derecho* valem, pois, do mesmo modo, para o *Fuero Real*.

Quanto às *Siete Partidas* (assim chamadas por, a partir da sua terceira redacção, se acharem divididas em sete partes — obra que, em Castela, começa por ter um carácter legislativo que, depois, passa a ter uma feição doutrinal e que, em 1348, adquire o valor de *direito subsidiário*) — é ela um código ou tratado onde se abarca o direito, em geral, nomeadamente o romano, de que contitui uma notabilíssima síntese.

1 Esta versão portuguesa das *Flores de Derecho*, segundo parece do século XIII, foi publicada por P. Merêa na *Revista da Universidade de Coimbra*, vol. VI, 343 e segs.; no volume anterior da mesma *Revista*, tinha o referido mestre publicado um estudo introdutório — *A versão portuguesa das «Flores de las leyes»* de Jácome Ruiz (444 e segs.) que, depois, inseriu nos *Estudos*, 45 e segs. A tradução portuguesa dos *Nueve tiempos del juicio* acha-se nos *Inéditos da Academia*, t. V e nos *P.M.H., Leges*, I, 330-332.

2 P. Merêa — *A versão portuguesa, (Estudos*, 62-63).

3 Esta tradução foi publicada por Alfredo Pimenta — *Fuero Real de Afonso X, o Sábio, cit.*, mas com muitas incorrecções. Veja-se, agora, *Afonso X — Fuero Real, Edição, Estudo, Glossário e concordância da versão portuguesa* por José de Azevedo Ferreira, vol. I, Braga, 1982.

Tiveram as *Partidas* grande influência no nosso país. Traduzidas em português, ainda no século XIII, vamos ter provas da sua aplicação no século XIV [1]. Nas Cortes de Elvas, reunidas em 1361, no reinado de D. Pedro, agrava-se o clero de que os tribunais régios, em detrimento do direito canónico, aplicam a legislação das *Siete Partidas* [2]; agravam-se, ainda, os estudantes de Coimbra, nesse mesmo ano, de que o conservador da Universidade pretende julgar as questões, apenas , pelos «*Liuros De Partida*».

É interessante o teor da *carta régia* que faz eco desta queixa. Nela, o rei, dirigindo-se ao conservador da Universidade, Gonçalo Anes, diz que «Outrosy me enviarom Dezer que *quando acõtece que elles allegam em alguũs ffeitos perante vos sseus Derejtos per sseus liuros que lhe nõ queredes Delles conhecer saluo se uos mostrarẽ eses Derejtos em liuros De partida*, sobresto tenho por bem e mando uos *que quamdo uos elles alguns Derejtos per sseus liuros nos Ditos feitos mostrarẽm que lhos aguardedes auẽdo ante conselho cõ letrados que dello saibham* De guisa que as partes nõ Reçebam agrauamento sem Rezam» (...) [3].

Verifica-se, assim, que os estudantes, quando de questões judiciais debatidas perante o conservador Gonçalo Anes, alegavam os «*sseus Derejtos per sseus liuros*», isto é, fundamentavam-se nos textos de direito *canónico* e *romano*.

O conservador — que não era letrado e por isso se não moveria, com desembaraço, no *latim* dos textos — recusava-se a observar os textos do *utrumque ius*, dizendo que só reconheceria esses direitos quando eles estivessem nos «*liuros De Partida*», texto castelhano ou

1 Acha-se recolhido no Arquivo da Torre do Tombo o Códice Alcobacense CCCXXIV que contém a *Primeira Partida;* a *Terceira*, que foi escrita por Vasco Lourenço, em 1341, pertenceu ao Convento da Merceana. Também Pedro de Azevedo publicou um fragmento da *Segunda Partida (Revista Lusitana*, tomo XVI, 109-111). Por outro lado, fragmentos descobertos por Avelino de Jesus da Costa provam que as *Partidas* circulavam na versão original e na tradução portuguesa, que da *Terceira Partida* houve, pelo menos, duas versões diferentes e que, também, outras Partidas foram traduzidas (Cfr. Avelino de Jesus da Costa — *Fragmentos Preciosos de Códices Medievais*, Braga, 1949, 22 e segs.). Veja-se, agora, também, João de Azevedo Ferreira — *Alphonse X — Primeira Partida. Édition et Etude*, Braga, 1980.

Na Livraria de D. Duarte, havia, em português, um «*livro da primeira partida*» (cfr. *Livro dos Conselhos de El-Rei D. Duarte (livro da cartuxa)*, Lisboa, 1982, 208).

2 *Ord. Afons.*, livro II, tit., V, e livro V, tit. XXVII.

3 *Livro Verde da Universidade de Coimbra* (publ. por Rocha Madahil), Coimbra, 1940, 54.

tradução portuguesa, que lhe não causava as mesmas dificuldades. O rei, chamado a decidir, vem então declarar que os estudantes devem ser julgados «*per sseus liuros*», mas que o conservador, verosimilmente para suprir as suas deficiências, deverá, antes, ter «*conselho cõ letrados que dello saibham*».

A influência das *Siete Partidas* vai fazer-se sentir, mais tarde, na compilação das *Ordenações Afonsinas:* aí se encontram leis e regimentos, delas inteiramente copiados [1].

7. *Direito Canónico.* Vimos que em 1234 tinham ficado concluídas as *Decretais de Gregório IX.* Mas, ainda no século XIII (1298), a contínua actividade dos Pontífices, vai ditar a necessidade de nova compilação de decretais — o *Liber Sextus* de Bonifácio VIII — assim chamado por ser como que uma continuação dos *cinco livros* das Decretais de Gregório IX.

Pouco tempo depois, em 1314, Clemente V inicia os trabalhos de nova compilação. No entanto, devido à morte deste Papa, é só com o seu sucessor, João XXII, que a obra vem a terminar, sendo denominada, em homenagem a quem a iniciara, *Constitutiones* do Papa Clemente V, ou, simplesmente, *Clementinae;* por vezes, ainda, também se lhe chama *Liber Septimus.*

Aqui se completa, na verdade, a obra codificadora da Igreja. Todavia, ainda que sem carácter oficial, duas novas compilações vão surgir: são elas as *Extravagantes de João XXII*, que recolhem decretais deste pontífice, posteriores a 1317, e as *Extravagantes Comuns*, onde se encontram decretais de diversos Papas, de Bonifácio VIII a Sisto IV (1484).

É ao conjunto do *Decreto, Decretais de Gregório IX, Livro Sexto de Bonifácio VIII, Clementinas, Extravagantes de João XXII* e *Extravagantes Comuns* que o francês Chappuis, em edição de 1500, crismou de *Corpus Iuris Canonici* (à semelhança do *Corpus Iuris Civilis*), designação que, tradicionalmente, se impôs.

Temos, assim, no *Corpus Iuris Canonici*, compilações de carácter oficial e privado. De carácter oficial são as Decretais de Gregório IX, o Sexto e as Clementinas; de índole privada, o Decreto, as Extravagantes de João XXII e as Extravagantes Comuns.

Dada a vigência do direito canónico em Portugal, na época que examinamos, vão ser estas obras conhecidas, estudadas e aplicadas entre nós. Figuram elas — principalmente o *Decreto* e as *Decretais de*

[1] Gama Barros — *História*, vol. I, 127.

Gregório IX — nos testamentos e inventários das principais livrarias [1]; e D. Dinis, em 1309, estabelece que na nova Universidade exista um doutor *in Decretis* e um mestre *in Decretalibus* «*per quorum Doctrinã uberrima crellici nostri regni jnstrui valleant* (...)» [2].

8. *Concórdias e Concordatas* [3]. Parecia o período, começado com Afonso III, propício a boas relações entre a Coroa e o Clero. Na verdade, o ainda então conde de Bolonha, em Setembro de 1245, pouco depois da expedição da bula *Grandi non immerito*, jurava, em Paris, perante eclesiásticos e nobres portugueses «Que sempre seria obediente e devoto da Igreja Romana, sua mãe, como convinha a um príncipe católico e empregaria todo o seu poder em honrar e exaltar não consentindo dúvida, ou engano nesta promessa. Que em todos os negócios de interesse público consultaria lealmente o conselho dos prelados, ou o das pessoas, que sem dificuldade pudessem ser chamadas».

Uma coisa, porém, era o que dizia o conde de Bolonha, em Paris, e outra o que viria a fazer o rei Afonso III, em Portugal. Logo na Cúria de Guimarães, de 1250, insiste o clero pela observância do juramento de Paris e de algumas provisões papais de Gregório IX e Inocêncio IV, pedindo, ainda, que fossem publicados no reino o juramento e aqueles documentos pontifícios. Responde o rei que tudo fará «*saluo iure regni nostri*», mas que lhe parece «*sollepnem publicationem horum necessaria non esse*»... [4]. Não queria o rei mostrar a submissão do conde.

O restante governo de Afonso III vai decorrer sob o signo de contínua luta com o clero; agravos aos bispos do reino, casamento com D. Beatriz, estando ainda viva a condessa de Bolonha, Matilde, pertinaz astúcia na desobediência aos mandados papais, tudo para isso contribuirá. Só à hora da morte se reconciliará Afonso com a Igreja, recomendando ao herdeiro D. Dinis a sua submissão. Mas, apesar do conselho paterno, também D. Dinis se não vai mostrar fácil adversário e serão frequentes as disputas.

[1] Veja-se Almeida Costa — *Para a História da Cultura Jurídica Medieval em Portugal, cit.;* Isaías da Rosa Pereira — *Livros de Direito na Idade Média* in *Lusitânia Sacra*, tomo VII, Lisboa, 1964/66, 7 e segs.; A. Moreira de Sá — *Primórdios da Cultura Portuguesa, cit.*. Aos estudos e documentos referidos por estes Autores, acrescente-se *Bibliotecas Medievales Españolas* in *Miscelânea Mons. José Rius Serra*, vol. I, San Cugat del Vallés, 1965, 139 e segs., onde se publica um inventário de 19 de Julho de 1364, dos livros do bispo de Lisboa Lourenço Rodrigues, e um interessante rol de preços de livros vendidos, em Lisboa, em 1368-1369.

[2] *Livro Verde*, 21.

[3] Veja-se A. D. de Sousa Costa — *As Concordatas Portuguesas.*

[4] *P.M.H., Leges*, vol. I, 186.

Fizeram-se no tempo deste monarca várias *concordatas*, sendo mais importante a aprovada por Nicolau IV, na bula *Occurrit nostrae considerationis* de 1289, e a de 1309, em que se resolvem questões havidas com o bispo de Lisboa [1].

Dentro da época, em exame, há ainda que fazer menção das respostas dadas por D. Pedro aos agravos do clero, nas Cortes de Elvas de 1361, e, também, ao acordado por D. João I, em Santarém, em 1427. É, aliás, a propósito dos agravos das Cortes de Elvas que temos a primeira notícia respeitante ao chamado *beneplácito régio*, isto é, ao poder invocado, pelo rei, de aprovar as letras pontifícias a fim de se poderem tornar obrigatórias em Portugal.

Na verdade, no capítulo XXXII dessas Cortes, queixam-se os Prelados de que o Rei, sendo Infante, ordenara «*que nenhuũ nom fosse ousado de publicar leteras do Papa, quaesquer que fossem, sem Nosso mandado, pola qual rezom diziam que o Papa estava agravado contra os Prelados no nosso Senhorio, teendo que polo seu aazo se embargaron e embargam suas leteras, que se nom poblicam, como devião, o que se nom fazia em todolos outros Regnos*». Terminava o clero pedindo a revogação desta ordenação. Todavia, D. Pedro, em resposta, disse que «*nos mostrem esses escriptos e leteras, e veellas-emos, e mandaremos que se pobliquem pela guisa que devem*» [2].

Conclui-se, pois, que D. Pedro não deu satisfação às queixas do clero. Serão renovadas tais queixas, em Santarém, no ano de 1427.

Agrava-se o clero de que a prática do beneplácito é ilegal pois «*he contra direito conhecer de autos da Igreja, e sobre sentenças e feitos do Papa*»; a isto responde o rei «*que elle nom fez esta cousa de novo, ante se acustumou assy sempre em tempo dos Reys, que ante elle forom antiguamente; e esto he mais por conservaçom da juridiçom, e liberdade da Igreja que em seu prejuizo* (...)». Terminava, considerando que «*assy se guarda nos outros Regnos, e Terras: e que a Hordenaçom, e maneira que em esto tem, he boa, e esto nom perteence a elles*» [3].

Também, assim, D. João I conservava o instituto do *beneplácito régio* [4].

1 As várias concordatas de D. Dinis podem ver-se em Gabriel Pereira de Castro — *De Manu Regia*, vol. I, Lisboa, 1622; a de 1289, referida no texto pode ver-se, nomeadamente, nas *O. A.*, Livro II, tit. I.; v., ainda, E. Brazão — *Colecção de Concordatas estabelecidas entre Portugal e a Santa Sé de 1238 a 1940*, Lisboa, s.d..

2 *O. A.*, Liv. II, tit. V, artigo XXXII.

3 *O. A.*, Liv. II, tit. VII, artigo LXXXVII.

4 Para a história deste instituto, veja-se Chaves e Castro — *O Beneplácito Régio em Portugal*, Coimbra, 1885; Paiva Pitta — *História do Beneplácito em Portugal* (extractos) in «*O Instituto*», vol. XXXV (1887-88) a XXXVIII (1890-91); e Eduardo Nunes e Martim de Albuquerque — *Parecer do Doutor «Velasco di Portogallo» sobre o beneplácito régio (Florença, 1454)*, Lisboa, 1968 (Separata de *Do Tempo e da História, II*).

9. *Costume.* Principalmente no início desta época, tem ainda o *costume* grande importância. Marcando essa importância e força é muito frequente o dizer-se — «*Costume he desy direito*». Todavia, a força do costume deixa de ser autónoma, já que o rei se arroga o direito de aprovar ou reprovar os costumes, direito esse muito exercido.

Logo no aludido juramento de Paris, do infante Afonso, garante este que «qualquer que seja o título, por que alcançar o reino de Portugal guardará, e fará guardar a todos os municípios, concelhos, cavaleiros e peões, aos religiosos, e ao clero do reino, *todos os seus costumes e foros escriptos e não escriptos* de que estivessem de posse desde o tempo de seu avô, e de seu bisavô». Em contrapartida, afirma «Que se esforçará por abolir *todos os maus costumes e abusos introduzidos* em qualquer ocasião, ou por qualquer pessoa, no tempo de seu pai e de seu irmão, especialmente o excesso de extorquir multas em dinheiro dos vizinhos de qualquer lugar em consequência de homicídios perpetrados nele, sobretudo sendo conhecido o autor do assassínio».

Este poder de apreciação dos costumes, que o rei se atribui, é já um sintoma de que as formações consuetudinárias estão perdendo vigor [1]. Assim, em vez da fórmula usada, no período anterior — «*consuetudine* quae pro lege suscipitur» diz-se, agora, — «*consuetudine approbata* quae pro lege suscipitur». Por vezes, são os *corregedores* — delegados do rei, criados ao tempo de D. Dinis, e circulando pelo país com fins inspectivos — que, no âmbito municipal, vão examinar os *foros e costumes*, aprovando-os ou reprovando-os [2]. A própria redução a escrito das formas consuetudinárias que se opera nesta época, é outro indício de que esta *fonte de direito* se encontra em fase de estagnação.

1 *Livro das Leis e Posturas*, fl. 72, 2.ª col., *ed. cit.*, 224: «Costume he en casa dElRey que aquel costume que era en leyrena conuem a ssaber que aquel que for chagado e nom poder prouar per testemunhas que proue pela chaga e per IIII° aiudas *e ia he Reuogado pelo nobre Rey Dom afonsso*».

2 *Foros de S. Martinho de Mouros* (in *Inéditos de Academia*, tomo IV, 533): «Item. Todo homẽ que queer da arvor, e morrer, nom no ergeram, sem mandado do juyz da terra. E se o erguem sem mandado do juys, pagaram trynta maravediz ao moordomo da terra, se for no regueengo.

Manda o dito corregedor, que se guarde o dito custume».

Aspecto a notar é, também, o da *comunicação de costumes* [1].

Povoações há que manifestando a sua preferência por *foros e costumes* de outras povoações, pedem a estas que lhos enviem, que lhos *comuniquem*, a fim de, por eles, serem futuramente regidos; nalguns casos, é mesmo o monarca que promove essa *comunicação de costumes* [2].

No entanto, convém não exagerar, nem atribuir sentido radical à afirmação da existência de uma política de afastamento de maus costumes; por vezes, pelo simples facto de ser *antigo* [3], mantém-se um costume, ainda que se reconheça ser *mau* ou *danoso* [4].

Ainda, nesta época, se assiste a grande desenvolvimento do *costume da Corte*, do *costume da casa delRey;* todavia, tal fonte de direito, reflectindo orientação jurisprudencial de tribunais superiores, funcionando junto do monarca, muito mais do que autêntico costume, acaba por ser, quase, instrumento legislativo do poder central.

---

1 Vários exemplos em *P.M.H., Leges et Consuetudines*, vol. II.

2 *P.M.H., Leges et Consuetudines*, Costumes das Alcáçovas comunicados d'Evora (1299), 86: «A uós alcayde e juizes e Concelho das Alcaçeuas De nós alcayde e juizes e Concelho da Cydade de Euora Saude e amor en deus que é uerdadeyra saude e uerdadeyro amor. *Sabede que nós recebemos huma carta de nosso senhor ElRey en que era contheudo que nós dessemos o traslado a Pedro diaz almoxarife das alcaceuas dos nossos foros e custumes quaes nos el pedisse. E nos aobedeentes muito ao mandado e ao senhorio de nosso senhor ElRey enuiamosuos dizer per esta carta como nós husamos* (...)».

3 Não são os textos muito claros acerca de qual devia ser a *antiguidade do costume*, isto é de qual o prazo por que uma conduta, ininterruptamente observada, gerava um costume. Este requisito de *tempo* é, na doutrina, denominado de *praescriptio prescrição* do costume.

Nos *costumes e foros de Torres Novas* e nos *foros de S. Martinho de Mouros* aparece menção de um *prazo de 30 anos* (possível influência do *Cod. Teod.* 4, 14,1 = *Cod. Just.* 7,39,3); outras vezes, requere-se a *imemorialidade* do costume, isto é, que ele seja «*husado per tam longo tempo, que a memoria dos homees nom he em contrario*»: *O.A.*, Liv. IV, tit. LXVIII, pr.). Também, *O.A.*, Liv. IV, tit. LXXIII, § 1.º e Liv. IV, tit. LXXVII, pr. Veja-se, também, sentença de D. Dinis, de 26 de Nov. de 1312 in Carlos da Silva Tarouca — *O Cartulário do Mosteiro de Santa Clara de Vila do Conde*, Lisboa, 1947, doc. X, 51. «E dizian que asy o vssarom commos outros Senhores de Vila de Conde, de quando sse os homens podem acordar»; ainda, doc. XVII, de 28 de Ag. de 1341: «E que desto estava ella em posse, per sy e pellos seus amtecessores *per dez e vimte e quaremta e sasemta anos e per tamanho tempo que a memorya dos homees nom era em contravro*»; doc. XXXVI, 28 de Julho de 1486, 108: «e custume antygo *vsado per dez, vimte, trimta, quaremta, sesemta cemto anos e mais, per tamto tempo, que a memoria dos homees nom era em contravro*».

4 *Foros de S. Martinho de Mouros*, «(...) Manda o dito corregedor, que se aguarde assy, *poys he custume antigo*, pero que entende que he *muy danoso* assy jeral de ferida pequena e grande», «(...) Manda o corregedor que se aguarde *seu custume maaao, poys he antigo;* porque per esto pode ser mays toste descoberto o malfeytor». Importante para o costume é, também, *O.A.*, Liv. IV, tit. CIII, pr.

10. *Forais.* No tempo de D. Afonso III e D. Dinis são, ainda, numerosas as concessões de *foral.*

Posteriormente, todavia, começam a rarear. Agora, os povos, para solução de dificuldades, fazem os seus agravos em Cortes, e o monarca, em resposta, toma providências destinadas a actuar, nos casos apresentados, providências essas que, muitas vezes, vão modificar o conteúdo de pré-existentes *forais* [1].

De qualquer modo, no âmbito local, são, ainda, os *forais* a principal fonte de direito.

11. *Leis gerais. O rei como árbitro do conflito entre as várias fontes de direito. A publicação das leis.* É a partir desta época que o rei, com força crescente, passa a assumir o papel de *criador de Direito.* O rei que — consoante se disse — tende a moldar o seu poder à imagem e semelhança do do *princeps*, do *imperator*, começa a legislar com abundância. Move-se o rei num quadro de *fontes de direito* em que existe o *costume* e onde, por acção da Igreja, primeiro, e depois, por acção dos legistas, se está iniciando a recepção dos direitos *canónico* e *romano*, do «*um e outro direito*».

Ora, em muitos aspectos, as soluções *consuetudinária* e *romano-canónica* não coincidem, o que determina um conflito que, com frequência, vai ser dirimido pelo rei, que surge como árbitro, pronunciando-se pela manutenção do direito antigo, do *costume*, ou pela adopção do direito novo, do *utrumque ius.*

Acresce que, na própria concepção romano-canónica, o costume só o é desde que repouse no *consentimento* do legislador, e que, entre os seus requisitos, para além de dever ser *antigo, prescrito*, se encontra, ainda, o da *racionalidade* [2]: assim, *necessidade de consentimento* e *apreciação da racionalidade* são causas que impelem o rei legislador ao exame do costume.

Como atrás se viu, já Afonso II, na Cúria de 1211, dera começo de execução a essa política; viu-se, igualmente, que o Conde de Bolonha, no juramento de Paris, fora objecto de solicitação no sentido de abolir

---

1 Os forais de Afonso III acham-se publicados nos *P.M.H., Leges*, vol. I. Os posteriores e, bem assim, as modificações introduzidas nos existentes, encontram-se, ainda, na sua quase totalidade, inéditos (Cfr. A. H. de Oliveira Marques — *Guia do Estudante de História Medieval*, 177).

2 Veja-se *L'Age classique*, 533 e segs.; com muito interesse, também, a clássica monografia de R. Wehrlé — *De la Coutume dans le Droit Canonique*, Paris, 1928, e Angel de Mier Vélez — *La Buena Fe en la Prescripcion y en la Costumbre hasta el Siglo XV*, Pamplona, 1968, 169 e segs.

todos os maus costumes e abusos; também os procuradores de D. Dinis, no artigo 40.º da Concordata de 1289, perante queixas do clero relativas a «constituições, e *custumes* aduzidos em esse Reyno contra a livridoõe da Igreja, e contra o estado pacifico do davandito Regno» respondem «*que praz a ElRey, que se tolham os maaos custumes e se guardem os boõs;* e se algũa cousa foi hordenada de consentimento dos Prelados por bõo pacifico estado, *e per custume afortellazado, consentirom os Prelados, que se guarde, a tanto que seja costume com razom, e com direito e que nom seja contra a livridooem da Igreja*» [1].

Agora, Afonso IV, com grande nitidez, afirmará que «*antre as outras cousas que ao estado dos Reys pertence, assy he tolher os usos, e costumes que som contra voontade de Deos, e da prol communal da terra*» (...) [2].

Vão, na verdade, os reis portugueses, nesta época, com frequência, corrigir costumes, considerados maus ou menos convenientes, substituindo-os por instituições do *direito comum* [3]. Tem o rei por si, nesta acção, a Igreja e os letrados da sua Corte: em oposição, encontram-se frequentemente, a *nobreza* e o *povo* que, com dificuldade, se desapegam dos seus *foros e costumes* [4].

Tem-se notícia de um caso interessante ocorrido entre Afonso IV, que pretende impor o *direito comum*, e a nobreza, que luta pela manutenção dos seus *foros e costumes*.

---

1 *O. A.*, Livro II, tit. I, art. XXXX. Aqui, como se vê, faz-se referência ao *consentimento* dos Prelados, e à necessidade de o costume ser conforme à *razão* e *direito*, e não ser contra a *liberdade da Igreja*. Para este último requisito, v. *L'Age Classique*, 552.

2 *O. A.*, Livro V, título VII, § 1. O apontar-se a necessidade de o costume estar de acordo com a «*prol cumunal da terra*» deve-se ao facto de certos canonistas, seguindo S. Tomás, exigirem, como requisito do costume, a sua conformidade ao *bem comum* (Cfr. *L'Age Classique*, 551).

3 Por vezes, no entanto, a iniciativa parte dos povos. Assim, nas Cortes de Santarém, de 1331, pedem os procuradores que a maioridade se passe a verificar aos vinte e cinco anos, conforme o *direito comum;* e nas Cortes de Lisboa, de 1352, havendo agravos de que o fisco exigia o pagamento de dívidas, ao fim de cinquenta e sessenta anos, estabelece o rei que, de acordo com o *direito comum*, prescrevem elas no prazo de quarenta anos. Cfr. Gama Barros — *História*, vol. I, 123.

4 Às vezes, porém, o monarca manifesta expresso desejo de não ir contra os bons costumes da nobreza. Assim, D. Dinis numa lei em que proibe que «nenhum Fidalgo non possa gaanhar, nem comprar herdade, nem possissom nenhũa nos meus Reynos na honrra doutro Fidalgo de meor logo, ou de meor estado, que el», termina dizendo: «*E per esta Ley nom entendo a enbargar os boons Custumes, que antre os Fidalgos da mha terra ha*» (in *Memorias para a história das inquirições dos primeiros reinados de Portugal*, Lisboa, 1815, doc. n.º XXXI, 99). Veja-se, também, a lei de D. Dinis, de 21 de Fevereiro de 1284: «E per esta Lev nom som revogados os boõs custumes, que som amtre os Filhos d'algo, nem as Leix e posturas que antre elles forom postas pelos Reis ante desta Ley». (*O. A.*, Liv. V, tit. CI, 1.º).

Conforme diz o rei, numa lei, talvez, de 1326 [1], «nos nossos Regnos era huã maneira usada, que cada huum queria acooimar morte e deshonra de seus parentes, segundo lhes pertencia em devido», isto é, cada um, castigava, vingava a morte e desonra de parentes, sem recorrer a tribunais; ponderando todos os graves inconvenientes que advinham deste costume — ao tempo radicado, principalmente, entre os fidalgos — diz o monarca que «nas outras terras, hu se sempre guardou e manteve justiça, sempre esquivaram estes acooimamentos e *derom lugar ao Direito Comuũ* pra se por elle fazer justiça».

Assim, Afonso IV, «*ueendo que este Direito era proveitoso, e com razom, e com arredamento de todo o dapno: e catando, que aquelle uso e custume era contra Direito, e trazia comsigo dapno e estrago, e assinadamente contra a Ley de Deos* (...)» determina que os fidalgos, no caso de morte ou desonra de parentes, são obrigados a trazer o caso perante o rei, a sua Corte, ou as justiças das terras, sob pena de morte, se se verificar desobediência.

A insatisfação da nobreza leva Afonso IV a promulgar sobre esta matéria, nova lei, que, nas *Ordenações Afonsinas*, figura com a data de 1347.

Nela se lê que «em a Villa de Guimarães Martim Annes de Briteiros por sy e por todolos outros Filhos d'algo da nossa terra nos disse, que nós bem *sabiamos em como fora custume antiguo em Portugal* em tempo d'ElRey nosso Padre, e dos outros Reyx, que ante elle forom, *que os Filhos d'algo podem acooimar pollas mortes e deshonras, que fossem feitas a elles, e aos do seu divido;* e que nós poseramos Ley, per que lhes defenderamos todo esto sob pena de morte; e que desta Ley se tinhão por muito agravados; *porque nom tam sollamente era contra este custume, mais ainda era mui dura, e mui grave a pena della, porque parecia, que se entendia em qualquer caso, que algum tomasse vendita; o que seria contra direito expresso; ca como quer que a vendita seja deffesa geeralmente em direito, pero em todo o caso nom merece morte aquel, que a vendita faz* (...)»; terminavam, pedindo que o rei lhes guardasse o costume antigo ou que, no caso de se pronunciar pela confirmação da lei, a «temperasse», a suavizasse, distinguindo, ainda, várias possíveis situações.

---

1 *O. A.*, Livro V, tit. LIII. Veja-se, neste ponto, Marcello Caetano — *História*, (1981), 368-370.

O monarca, em resposta, ouvidos os do seu Conselho, declara que «*achamos que aquel custume antiguo, nom podia seer dito custume, pois nom tam sollamente era contra direito de DEOS, mais ainda era contra direito natural* (...)»; deste modo, o rei confirma a lei, se bem que concorde, no tocante à pena, «*que compria hi temperamento e declaraçom*».

Repare-se que enquanto os fidalgos apontam como único requisito do costume o da sua *antiguidade*, o rei, imbuído da nova doutrina romano-canónica, vem dizer que a prática da vindicta, de *acooimar*, ainda que *antiga*, não pode ser considerada *costume*, dado contrariar o *direito divino* e o *direito natural*.

Mas, um outro aspecto há que interessa apontar. Na verdade, os fidalgos, na alegação feita, não se limitam a invocar os seus antigos *foros e costumes;* têm consciência de que o direito consuetudinário perdeu a força de outrora. Por isso — embora apegados aos seus foros — são eles próprios que vêm discutir a lei, em face dos princípios do *direito comum*, fazendo notar que «era mui dura, e mui grave a pena della, porque parecia, que se entendia em qualquer caso, que algum tomasse vendita; *o que seria contra direito expresso: ca como quer que a vendita seja deffesa geralmente em direito, pero em todo o caso nom merece morte aquel, que a vendita faz* (...)».

Não se pense, no entanto, que, na luta entre o *costume* e o *direito comum*, é aquele, sempre, o vencido. Tal não acontece, já que, por vezes, se acha o *costume*, demasiado radicado, para que isso seja viável.

Foi o que sucedeu, por exemplo, com o costume antigo que isentava de pena o marido que matasse a mulher adúltera, ainda que não fosse em flagrante; dizem as *Ordenações Afonsinas*, referindo-se a D. Afonso IV, que esse «*costume approvou, e fez, seendo-lhe por elles* (os do seu Conselho) *dito que nom era direito comum; e elle contra esto, que lhe era dito, ouve-o por custume, e deu sentenças d'assolviçom em estes feitos*» [1].

Vê-se, pois, que, neste caso, o *direito comum*, insinuado pelo Conselho do Rei, não foi suficiente para vencer a força do *costume*.

Esta é uma primeira fase, a da luta entre o direito antigo, o

[1] *O. A.*, Livro V, tit. XVIII, § 3. Mesmo no tempo de D. João I em que, então, a influência do direito romano é superlativa, ainda assim, o costume vence, nalguns casos, o direito comum. É disso exemplo, a hipótese de direito sucessório em que se discute a ordem de sucessão, quando da *morte de filho*. Diz-se na lei (*O. A.*, Livro IV, tit. CII, § 1) que «de *direito das autenticas* o Padre vivo sucede igualmente com os Irmãos nos bens do filho menor; e *de custume do Reyno* dizem os Doutores, que sucede o Padre, ou a Madre, e

costume, e o direito novo, o *utrumque ius*. Há, no entanto, também a ter em atenção que se vão verificar dissídios na delimitação das esferas de aplicação dos direitos *canónico* e *romano*.

Em princípio, a harmonia dos dois direitos fora mantida por meio da subordinação da *lex* ao *canon*, solução que assentava num pressuposto político: o da supremacia do Poder espiritual em relação ao temporal.

Posteriormente — pelo menos no campo teórico — o conflito deixa de ser possível; o direito canónico rege in *spiritualibus*, o romano in *temporalibus*. A dificuldade está no dizer onde se encontra a linha de separação do espiritual e do temporal; com a invocação de se tratar de matéria susceptível de induzir em pecado, tende o espiritual, com frequência, a invadir o temporal [1]. Ora, o direito romano, direito de Estado, possuía, em si mesmo, uma total vocação de exclusividade; era um corpo completo que não requeria para a sua aplicação o concurso ou subsídio de quaisquer outras ordens jurídicas. Era auto-suficiente, qualidade que o direito canónico, de então, se não podia reclamar. Compreende-se que, neste condicionalismo, que tem, ainda, por detrás de si, áspera controvérsia política entre Império e Sacerdócio, desejem os legistas a independência do direito romano.

Também o Portugal desta época é campo aberto de discussão entre os poderes temporal e espiritual; quase se poderia dizer que se viveu em combate constante, interrompido por sucessivas vitórias da Igreja, que não impediam, porém, que a discussão se reacendesse, no geral, em termos semelhantes àqueles em que findara.

No terreno dos factos, o poder da Igreja começa a ser contrastado, às vezes com violência; são frequentes os choques com as Justiças do rei. O abuso de sanções espirituais, por parte do clero, contribuía para a sua ineficácia e descrédito. Já na Cúria de Guimarães, de 1250, diz o monarca agravar-se o clero de que «meirini et alii homines nostri dicunt *quod non darent pro excommunicatione paleam unam*» [2];

nom os Irmaãos». O rei decide «*que se guarde o que se em este caso usa e custuma, segundo o dizer dos antigos, a saber soceda o Padre, ou Madre, e nom os Irmaãos;* e que esto seja avudo por Hordenaçom» (veja-se I. Galvão Telles — *Apontamentos para a História do Direito das Sucessões no Direito Português*, (sep. da *Rev. da Fac. de Dir. de Lisboa*, vol. XV) Lisboa, 1963, 230 e segs.).

[1] Odofredo, pós-acursiano do século XIII, dirá que «dominus papa *ratione peccati intromittit* se de omnibus»; e Cino de Pistoia declara que «*Ecclesia sibi usurpavit ratione peccati totam iurisdictionem*». Cfr. Calasso — *Medio Evo*, 486.

[2] *P.M.H., Leges*, vol. I, 189.

cerca de cem anos depois, nas Cortes de Elvas de 1361, queixam-se os eclesiásticos de que certos oficiais das Justiças do rei declaram «*que escõmunhom nom brita osso, e que o vinho nom amarga ao escõmungado*» [1].

Neste ambiente — que se qualificou de tensão — o interesse do rei em furtar-se à tutela eclesiástica é acompanhado do interesse em que os seus tribunais não apliquem o direito canónico. Ora, o direito que podia servir os intentos do rei era o romano, ou, mais concretamente, pelos já apontados motivos de acessibilidade, a legislação castelhana das *Siete Partidas*, importante instrumento de divulgação do direito comum na península.

A política oficial do rei continua a ser a de reconhecer a supremacia do direito canónico; na prática, porém, as Justiças do rei tendem a afastá-lo.

Assim, nas já aludidas Cortes de Elvas, de 1361, diz o rei agravar-se o clero de «*que as nossas Justiças nom querião guardar a exceiçom da escõmunhão*, quando era posta em Juizo contra alguã pessoa, Juiz, Procurador, Vogado ou outros [2]. *Outro sy muitas vezes nom querem guardar o Direito Canónico, o que todo Chrisptaão devia guardar porque era feito pelo Padre Santo, que tinha as vezes de JESU CHRISPTO, e era mais razom de guardarem em todo o nosso Senhorio pola dita razom que as Siete Partidas feitas per ElRey de Castella, ao qual o Regno de Portugal nom era sobgeito, mas bem livre, e izento de todo*» [3]. O rei respondeu «*que as nossas Justiças guardem estas exceiçoens, quando perante elles forem postas, como o Direito manda, e som theudos de o fazer*» [4].

Observe-se que o clero faz uma queixa *concreta*, a respeito de um caso particular (a excepção de *excomunhão*), e uma queixa *geral*, relativa ao facto de as Justiças do rei não guardarem o direito canónico, dando, inclusivamente, preferência às Partidas, mandadas elaborar por soberano estrangeiro.

Deu o monarca satisfação ao caso concreto; no restante, no tocante ao problema da preterição do direito canónico frente às *Siete Partidas*, remeteu-se ao silêncio.

[1] *O.A.*, Liv. II, tit. V, artigo XXXI.

[2] Em processo, o réu defende-se por excepção, quando não contradiz ou impugna, directamente, os factos aduzidos pelo autor, mas alega, sim, factos que impedem a apreciação ou que determinam a improcedência total ou parcial do pedido. Neste caso, a excepção de excomunhão destinava-se a impedir que a causa fosse julgada por um juiz excomungado ou que, no processo, interviessem pessoas nessa situação.

[3] *O.A.*, Liv. II, tit. V, artigo XXIIII; também, Liv. V, artigo XXVII, § 1.

[4] *O.A.*, *loc. c.*

Vemos, assim, que o rei, por intermédio da lei (também designada *decreto, degredo, ordenação, constituição, carta, postura, encouto*) actua como árbitro, na aprovação ou reprovação das várias *fontes de direito*, eventualmente aplicáveis: outras vezes, será a lei francamente inovadora, visando solucionar recém-criados problemas.

Ora, como exercia o rei a função legislativa? Pode dizer-se que, fundamentalmente, de dois modos. Em geral, edita o rei a lei, de *motu proprio*, de sua iniciativa, ainda que, com frequência, ouvidos os do seu Conselho; outras vezes, porém, a lei é consequência de decisão régia, tomada em face de queixas (*artigos, agravamentos* e, depois, *capítulos*) apresentadas em *Cortes* [1] pelos estados da Nação.

Quanto à *publicação* das leis [2], eram os seguintes os processos adoptados. De um modo geral, fazia-se a sua publicação na chancelaria da Corte; quando se tratasse de resoluções havidas em Cortes era também frequente pedirem os procuradores dos concelhos treslado ou cópia daquelas que lhes interessassem; enfim, no desejo de garantir um mais efectivo conhecimento das leis, no Reino, ordenava-se que os tabeliães as deviam registar nos seus livros e lê-las, no tribunal do concelho, geralmente uma vez por semana, durante período que, em muitos casos, era de um ano [3].

No que diz respeito ao momento de entrada em vigor de uma lei, a regra mais seguida parece ter sido a de admitir a sua imediata vigência, logo após a publicação; no entanto, numa lei de 1379, relativa à prova dos contratos, marcou-se um prazo de 60 dias, a contar da data da sua publicação na Corte [4].

[1] Para as Cortes, nesta epoca, veja-se P. Merêa — *O Poder Real e as Cortes*, *cit.*, e Marcello Caetano — *Subsidios para a Historia das Cortes Medievais Portuguesas*, Lisboa, 1963 (separata da *Rev. da Fac. de Direito de Lisboa*, vol. XV).

[2] Para a publicação das leis, veja-se Marcello Caetano — *História*, (1981), 345-346.

[3] Assim, numa lei de 3 de Fevereiro de 1311, declara D. Dinis que «*pera uos nom poderdes depoys escusar pera dizerdes que o nom ssabedes. Mando aos tabeliões dos logares que uos leam esta carta cada domaa hũa vez ataa hũu ano conprido e a Registem em seus liuros*» (*Livro das Leis e Posturas*, fl. 21., v., *ed. cit.*, 77-78). Numa outra lei, desse mesmo ano, manda-se ler «*cada domingo*» (*Livro cit.*, fl. 25v., *ed. cit.*, 89), enquanto que, numa lei de 19 de Setembro de 1302, se manda ler «*cada mes hũa vez*» (*Livro, cit.*, fl. 65v., *ed. cit.*, 201). Às vezes, o imperativo era mais genérico, ordenando-se que a lei fosse lida «*ameude*». Podem ver-se mais exemplos em Gama Barros — *História*, vol. I, 136 e segs.

[4] Gama Barros — *História*, vol. I, 143. Era, com efeito, de *dois meses* o período de *vacatio* no direito justinianeu. Gama Barros afirma que o prazo de sessenta dias se generalizou na época seguinte, a partir do Alvará de 10 de Dezembro de 1518. Trata-se, no entanto, de lapso, já que, nesse Alvará se diz que as leis entrarão em vigor «como são publicadas na nossa chancelaria *passados os ditos três meses*».

Onde se podem, hoje, consultar as *leis gerais* dos monarcas deste período?

Mercê de citações de alguns passos das *Ordenações Afonsinas*, sabemos que além dos livros da chancelaria onde se registavam as leis [1], se tinham formado colecções [2] onde, igualmente, se recolhiam os diplomas reais. No entanto, das várias compilações, chegaram até nós, apenas duas — o *Livro das Leis e Posturas* — também, por vezes, denominado *Livro Antigo das Leis* — e as chamadas *Ordenações de D. Duarte* — que, deste modo, constituem a principal fonte de conhecimento das leis da época que se estende até à entrada em vigor das *Ordenações Afonsinas*. Fora daquelas compilações, só nalguns *foros municipais*, ou no meio de um ou outro documento, se podem encontrar subsídios para esta matéria.

O *Livro das Leis e Posturas* — que se conserva na Torre do Tombo — é um códice dos fins do século XIV ou inícios do século XV, em que se contêm leis de Afonso II, Afonso III, D. Dinis, Afonso IV e uma de um «infante D. Pedro» que se julga ser o filho de Afonso IV. É uma colecção desprovida de qualquer sistemática, onde houve a simples preocupação de recolher leis; essa ausência de sistemática leva, inclusivamente, à repetição de leis, acusando variantes.

As *Ordenações de D. Duarte*, assim designadas por, segundo parece, terem pertencido à biblioteca daquele monarca, que lhe acrescentou um *índice (táboa)* e um discurso sobre as virtudes do bom julgador, são um manuscrito da primeira metade do século XV — guardado na Biblioteca Nacional de Lisboa — que recolhe leis dos acima apontados reis, além de algumas de D. João e D. Duarte.

Ao invés do que sucede com o *Livro das Leis e Posturas*, as *Ordenações de D. Duarte* encontram-se sistematizadas, separadas por reinados, e até, dentro de cada reinado, agrupam matérias pertencentes ao mesmo assunto [3].

Nem o *Livro das Leis e Posturas*, nem as *Ordenações de D. Duarte*

[1] *O. A.*, Livro III, tit. XV, Proemio: «*Nos Livros da Nossa Chãcellaria* forão achados certos Artigos (...)»; *O. A.*, Livro III, tit. LI, proemio: «*No Livro da nossa chancelaria* foi achada huũa Ley d'ElRey Dom Affonso o Quarto (...)»; *O. A.*, Livro IV, tit. XXII, § 5: «E Mandamos que assy se cumpra e guarde esta nossa Hordenaçom, e se ponha e ande nos *Livros da nossa Chancelaria* (...)».

[2] *O. A.*, Livro III, tit. XV, § 13: «(...) que he escripto no *Livro grande das Leys* (...)»; *O. A.*, Livro III, tit. XV, § 27: «(...) he Artiguo escrito no *Livro das Leys do Reino*, que esta na Caza do Civel».

[3] Pode ver-se a descrição destas *Ordenações* nos *Anais das Bibliotecas e Arquivos*, Vol. XII, 18.

tinham sido, até há algum tempo, objecto de integral edição. Assim, em letra de imprensa, apenas se podiam consultar as leis até Afonso III, nos *P. M. H.*, na secção — *Leges et Consuetudines*, e algumas de monarcas posteriores, nos vários livros das *Ordenações Afonsinas*.

No entanto, por nossa iniciativa, a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa promoveu, em 1971, a edição do *Livro das Leis e Posturas*, tendo, também aprontado o texto para a impressão das *Ordenações de D. Duarte*.

Qual o objectivo que terá presidido à feitura dessas duas colecções? Não exclui a investigação histórica — louvando-se no parecer de João Pedro Ribeiro e de Herculano — que qualquer destas compilações tenha constituído trabalho preparatório da obra de codificação, iniciada com D. João I, e terminada ao tempo de Afonso V, com a promulgação das *Ordenações Afonsinas*. Pela nossa parte, temos, no entanto, alguma dúvida em aceitar que o *Livro das Leis e Posturas* fosse conhecido dos compiladores das *Ordenações de D. Duarte* e das *Ordenações Afonsinas* [1].

12. *A fundação da Universidade.* É no reinado de D. Dinis que se cria a primeira *Universidade* em Portugal [2]. Até então, efectuava-se o ensino nas escolas das catedrais e mosteiros [3], com finalidade de preparação da classe eclesiástica. No entanto, não saía esse ensino de um nível cultural relativamente modesto, motivo por que, para maior instrução, necessária se tornava a ida ao estrangeiro, a fim de, aí, em *Estudos Gerais*, escolas não eclesiásticas, a todos abertas, se cursar a teologia, as artes, os direitos canónico e romano ou a medicina. No campo do direito, compreensivelmente, era Bolonha que mais atraía a atenção dos portugueses.

[1] *Livro das Leis e Posturas*, Introd. n. 8, XI e segs.

[2] Como obras de carácter geral, vejam-se Teófilo Braga — *História da Universidade de Coimbra*, 4 vols., Lisboa, 1892-1902; Mário Brandão e Lopes de Almeida — *A Universidade de Coimbra — Esboço da sua História*, Coimbra, 1937. Como enquadramento é muito útil o cap. I — *Los Estudios Juridicos en la Universidad Medieval* dos referidos *Estudios sobre la Canonistica*, de A. Garcia y Garcia.

[3] Veja-se Francisco da Gama Caeiro — *As Escolas Capitulares no primeiro século da Nacionalidade Portuguesa*, Lisboa, 1966, in *Arquivos de História da Cultura Portuguesa*, vol. I, n.º 2 e *A organização do ensino em Portugal no período anterior à fundação da Universidade* in *Arquivos de História da Cultura Portuguesa*, Vol. II, n.º 3, Lisboa, 1968. Também, José Mattoso — *A cultura monástica em Portugal (711-1200)* in *Arquivos de História da Cultura Portuguesa*, vol. III, n.º 2, Lisboa, 1970 e Sousa Costa — *Escolas Episcopais e Paroquiais* in *Dicionário de História de Portugal*, vol. II, 74 e segs.

É neste contexto que, em 12 de Novembro de 1288, o Abade de Alcobaça, os Priores de Santa Cruz de Coimbra, do Mosteiro de S. Vicente de Lisboa e mais vinte e quatro priores e reitores de várias paróquias se reunem em Montemor-o-Novo e, numa petição dirigida ao Papa Nicolau IV, comunicam haver tratado com o rei a criação de um «*studiũ generalle apud nobilissimã suam ciuitatem ulixbonensem*» [1]. Com efeito, explicavam, tornava-se imperativa a fundação de um *Studium* nacional já que muitos, «desejosos de estudar e entrar no estado clerical, atalhados com a falta das despesas e descómodos dos caminhos largos, e ainda dos perigos da vida, não ousam e temem ir estudar a outras partes remotas, receando estas incomodidades». Terminava a petição, dando notícia de que se resolvera ser o novo Estudo sustentado por rendas eclesiásticas, e solicitando, ao Pontífice, a confirmação de tudo o resolvido.

Há, assim, a considerar, como dado firme, o de que, em Novembro de 1288, existia já acordo do clero e rei para a criação de um *Estudo Geral.*

Quando, porém, terá, efectivamente, começado a funcionar o Estudo?

Até há pouco tempo, constituía opinião pacífica a de que a Universidade fora fundada por uma carta régia, de 1 de Março de 1290, carta essa encontrada e publicada por António de Vasconcelos, em 1912 [2].

Foi, todavia, esta opinião criticada por Marcello Caetano, que demonstrou não se poder atribuir à *carta* de 1 de Março de 1290 o pretendido significado [3]. Com efeito, da análise do texto do documento se deduz que, à data da sua expedição, já o rei tinha instituído e se encontrava em funcionamento o Estudo Geral de Lisboa; o objectivo

[1] *Livro Verde*, 8. Os documentos respeitantes à Universidade, compreendidos entre 1288-1445, podem ver-se, agora, nos vols. I, II, III e IV do já referido *Chartularium Universitatis Portugalensis*, Lisboa, 1966-1970, publicados por A. Moreira de Sá.

[2] António de Vasconcelos — *Um documento precioso*, Coimbra, 1912, separata da *Revista da Universidade de Coimbra*, vol. I, n.os 2 e 3; este estudo, com o título — *Um documento precioso: o diploma dionisiano de fundação da universidade portuguesa*, foi, com algumas modificações, de novo publicado nos *Escritos Vários*, vol. I, Coimbra, 1938, daquele Autor; veja-se, também, Maximino Correia — *História breve de «Um documento precioso»*, in *Boletim da Academia das Ciências de Lisboa*, 1962, *XXXIV*, 37-53.

[3] Marcello Caetano — *Lições (1962)*, 143-144 e *História* (1981), 284-285; a esta posição aderiu, também, A. Moreira de Sá — *Dúvidas e Problemas sobre a Universidade Medieval Portuguesa (I)*, Lisboa, 1965, 31-32 (separata da *Revista da Faculdade de Letras de Lisboa*, III série, n.º 8, 1964).

da carta foi, tão somente, o de favorecer o desenvolvimento do novo Estudo, concedendo mais privilégios, nomeadamente o de protecção e segurança «*a todos os que nele estudam ou queiram de futuro estudar*» [1].

Deste modo, parece ser melhor opinião a de que a Universidade foi criada em data que se desconhece, e se situa entre 12 de Novembro de 1288 (data da súplica a Nicolau IV) e 1 de Março de 1290 (data em que já funciona o Estudo e se ampliam os seus privilégios).

É também, no ano de 1290, em 9 de Agosto, que o Papa Nicolau IV, pela bula *De statu regni portugallie*, veio sancionar a fundação.

É a bula endereçada à «*uniuersitati magistrorum et scollariũ Vlixbonensi*», isto é, à *universitas* (pessoa moral, pessoa colectiva) formada por mestres e estudantes. Nesse documento, diz o Papa ter tido conhecimento de que D. Dinis havia fundado em Lisboa estudos de cada uma das faculdades lícitas, que seriam mantidos com auxílio eclesiástico; dá o Pontífice a sua aprovação ao realizado. Em seguida, pede ao rei que obrigue os cidadãos lisboetas a arrendar aos estudantes casas devolutas, de acordo com renda a ser estabelecida por dois clérigos e igual número de leigos, ajuramentados, eleitos pelos interessados e pelos cidadãos. Pede, também, ao rei, que faça prometer às autoridades concelhias a garantia de segurança e imunidade de pessoas e bens dos estudantes e, ainda, dos seus mensageiros.

Por outro lado, autoriza Nicolau IV os mestres que sejam titulares de ofícios eclesiásticos a receber os pertinentes proventos, mesmo que não exerçam os seus ofícios; concede, ainda, a mestres, estudantes e seus criados, o privilégio de, tendo praticado algum delito, serem julgados em tribunal eclesiástico (privilégio de foro eclesiástico).

Na parte final, autoriza o Bispo de Lisboa, ou quem, legitimamente, o substitua, a conferir o grau de licenciado «*jn artibus et Jure canonjco et ciuili ac medicina*» aos escolares, pelos seus mestres, reputados idóneos; estatuía, ainda, que os licenciados nas várias faculdades — com excepção de teologia — poderiam ensinar em

[1] A. de Vasconcelos — *Um documento precioso*, 6: «(...) apud Vlixbonensem ciuitatem regiam (...) *Generale Studium duximus ordinandum*, quod, non solum copia doctorum in omni Arte munimus, sed etiam multis priuilegiis roboramus. Verum quia relatione quorumdam intelleximus nonullos ex uariis partibus ad dictum nostrum et rerum Studium accessuros, si ibidem corporum et rerum securitade gauderent, *Nos, ipsum uolentes bonis conditionibus ampliare, omnibus ibidem studentibus uel in posterum studere uolentibus, plenam securitatem praesentibus pollicemur* (...)»

qualquer parte da cristandade, sem que necessário se tornasse novo exame [1] *(ius ubique docendi)*.

O constituir a Universidade uma zona de privilégio e jurisdição, distinta da instituição municipal ulissiponense, vai ser — aliás à semelhança do que se passou em muitas cidades europeias — uma fonte de constantes atritos.

As dissensões entre estudantes e vizinhos de Lisboa multiplicam-se [2] e isso leva D. Dinis a, em 1308, transferir o *Estudo Geral* para Coimbra, transferência essa que, juridicamente, parece tomar o aspecto de uma nova fundação [3]. Nessa carta, além de — como já se disse — ter criado o rei dois lentes, um *«jn decretis»*, e, outro, *«jn decretalibus»* [4], instituiu um professor *«in legibus»*, isto é, de *direito romano*, para que os «Judices nostri regni consillio peritorum Dirimere valeant subtilles et arduas questiones».

Não vai, todavia, permanecer muito tempo, em Coimbra, a itinerante Universidade portuguesa. Com efeito, em carta de 17 de Agosto de 1338 [5], Afonso IV determina o seu regresso a Lisboa. Invoca o monarca que tem necessidade «de fazer morada gram parte do ano na Cidade de Coĩbra» que, pela sua posição central, é mais acessível aos povos do Reino e que, como os escolares ocupam casas «dentro na cerca dessa Vila», surgem dificuldades na instalação da comitiva do

1 *Livro Verde*, 4: «(...) Et quicũque magister jn ciuitate prefacta per episcopum uel vicariũ supradictos examinatus et aprobatus fuerit ĩ *facultate quacũque tehologica dũtaxat excepta ubique sine allia examinatione legendi liberam habeat facultatem*».

2 *Livro Verde*, 10, bula de Clemente V, de 26 de Fevereiro de 1308, autorizando a transferência do Estudo para Coimbra, e confirmando os anteriores privilégios: «(...) *Verum cũ propter grauia dissenssiones et scandalla exorta posmoDũ inter Ciues ciuitatis eiusdem ex parte una et scollares ibidem studentes ex alltera nequiuerit nec esse possit comode Jm eadem ciuitate studiu supra Dictum* idem Rex nobis humiliter ssuplicauit ut studiũ ipsum ad ciuitatem colinbriensem que ut asserit est locus magis accomodus et conueniens transferamus eidem colinbriensi studio ac Regentibus et studentibus jn eodem priuillegia et Jndulgentias concedendo que predicto vlixbonensi studio et ĩ ipso Regentibus et stuDentibus predecessor concesserat ante Ditus (...)».

3 *Livro Verde*, 21, Carta régia de 15 de Fevereiro de 1309: «(...) ĩ Ciuitate nostra colinbriensi quã preellegimus Jn hac parte *fundamus et plantamus irradicabiliter studiũ generalle* (...)». Sobre as questões que levanta a data da carta, v. Moreira de Sá — *Dúvidas e Problemas*, 35 e segs.

4 Ainda que, segundo parece, só um professor de direito canónico tivesse vindo a ser nomeado; cfr. Almeida Costa in *Dicionário de História de Portugal*, s.v. *Leis, Cânones, Direito, Faculdades de*, 678.

5 A carta foi, pela primeira vez, publicada por Alfredo Pimenta — *Fontes Medievais da História de Portugal* (ed. Sá da Costa), Lisboa, 1948, 205.

Rei, motivo por que «recrecen aas uezes uoltas e peleias grandes antre elles».

Deste modo — e atendendo, ainda, a que havia, principalmente, necessidade de estar em Coimbra, no Inverno, altura «ẽ q̃ os scolares sooẽ de ffazer mays dessa prol q̃ en outra parte do ano» — o rei, tomado conselho de «muytos letrados da mnha terra q̃ steueron ẽ outros studos geeraes», resolve que se faça a transferência para Lisboa *«q é a melhor e mays conuenhavil para esto de todalas outras do meu Señoryo»* [1]. Aí deveria o Estudo ter *«logar certo e apartado»*.

Mas, o próprio Afonso IV vai rever os seus propósitos e, assim, em 1354, temos, de novo, o Estudo Geral em Coimbra, *«ex certis causis rationalibus licite translatum»*. Não por muito tempo. Em 3 de Junho de 1377, D. Fernando, «veendo e considerando que se o nosso studo que ora sta na çidade de Cojnbra fose mudado na çidade de Lixboa que na nossa terra poderia auver mais letrados que aueria se o dito stuDo na dita Çidade de Cojnbra steuesse por alguũs lentes que de outros Regnos mandamos vijñr nõ queriam leer senõ na cidade de lixboa» [2], toma a decisão de implantar, outra vez, a Universidade na capital.

Estas sucessivas viagens do Estudo Geral português não terão contribuído para a sua solidez e prestígio; oscilando, pendularmente, segundo parece, entre dois males — desordens em Lisboa, má vontade de mestres e possível falta de alunos em Coimbra — a Universidade, nem mesmo internamente, terá alcançado reputação. Como se viu, do próprio Conselho de Afonso IV faziam parte letrados que tinham estado em universidades estrangeiras. E cabe considerar que, para além das prováveis fraquezas do Estudo português, a grande atracção que, no campo do Direito, exerciam as universidades itálicas não favorecia um autónomo desenvolvimento da cultura jurídica pátria.

Transferida para Lisboa, em 1377, vai a Universidade portuguesa conhecer um período de estabilidade. D. João, ainda no tempo de Regedor e Defensor do Reino, em 3 de Outubro de 1384, querendo prevenir a repetição dos males passados, determinou *«que stee perpe-*

1 Segundo parece, em Coimbra, estaria a Universidade num certo abatimento. Na verdade, diz-se, na carta, a final: «E porẽ mãdo a todolos scolares e estudantes na dita Cidade de Coĩbra e a todolos outros do meu Señoryo q̃ quiseren aprender sciençias q̃ daqui en deante se vaã para o dito studo de Lixboa e *deus querendo hy auera auondamento de doctores e de mestres e de bachaleres ẽ cada hũa das siencias assi como deue auer ẽ studo geeral»*. Cfr. Pimenta — *ob. cit.*, 207.

2 *Livro Verde*, 77.

tuamẽte o dito studo em a dita cidade de lixboa. E nõ se mude della pera a dita cidade de coimbra nẽ pera outro nenhuu lugar dos Ditos Regnos deste Dia pera todo sempre» [1]. E, com efeito, haverá Universidade em Lisboa, até 1537.

D. João I concede grande atenção ao Estudo Geral: nesse sentido, passa a haver, na Corte, um Ministro oficialmente dele encarregado, que é o, depois, chamado *protector do Estudo*. Quem primeiro exerceu essas funções foi o Doutor João das Regras; em seguida, foram exercidas por um outro legista, o Doutor Gil Martins. Ambos eram juristas formados na Universidade de Bolonha [2].

O número de professores de disciplinas jurídicas tinha, entretanto, aumentado. Numa carta régia de 25 de Outubro de 1400, faz-se referência a três lentes de Leis e três de Decretais, mas, pelo conteúdo do documento, é de admitir que esse número fosse maior [3]. Muito grande, também, veio a ser a atenção dada ao Estudo pelo Infante D. Henrique, seu protector [4], que, em Outubro de 1431, considerando que a universidade «nõ tijnha casa propria em que leessem e fezessem sseus auctos escolasticos de todas as sciẽtias ante andaua sempre per casas alheeas e De alluguer como cousa desabrigada e desalojada», dotou-a com casas que eram de sua propriedade, situadas «em o bairro dos scollares». Recomendava o Infante que aí se ensinassem *«as sete artes liberaaes»*, (gramática, lógica, retórica, aritmética, música, geometria, astrologia) e medicina, teologia, decretais, filosofia natural e moral, e leis [5].

No entanto, apesar de todos os esforços de reis e protectores do Estudo, nunca se concretizou o desejo de D. Dinis, de a Universidade portuguesa alcançar uma auto-suficiência cultural que impedisse o fluxo de estudantes portugueses para o estrangeiro.

Por todo o fim do século XIV e século XV, o grande interesse dos estudantes portugueses pelas universidades italianas encontra-se suficientemente atestado [1]. É mesmo em 1432, que entre as *«nações»* que, em Bolonha, constituíam a universidade dos estrangeiros, surge, com autonomia, a *nação* de *«Portugal e Algarve»* [2].

1 *Livro Verde*, 99.

2 Veja-se o nosso *João das Regras e outros juristas portugueses da Universidade de Bolonha* (1378-1421), Lisboa, 1960, *Separata da Rev. da Fac. de Direito de Lisboa*, vol. XII.

3 *Livro Verde*, 179. A pág. 80, veja-se carta de 23 de Agosto de 1418, de teor semelhante.

4 Veja-se A. Moreira de Sá — *O Infante D. Henrique e a Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1960.

5 *Livro Verde*, 199-201.

1 Ainda que sujeito a correcção nalguns pontos, veja-se Pietro Verrua — *Umanisti ed altri «studiosi viri» italiani e stranieri di qua e di là dalle Alpi e dal Mare*, Genève, 1924, 101-109; veja-se, também, o nosso *João das Regras*, e António Domingues de Sousa Costa — *Estudantes Portugueses na Reitoria do Colégio de S. Clemente de Bolonha na Primeira Metade do século XV*, in *Arquivos de História da Cultura Portuguesa*, vol. III, n.º 1, Lisboa, 1969 e *Portugueses no Colégio de S. Clemente durante o século XVI* in *El Cardenal Albornoz y el Colegio de España, Studia Albornotiana*, vol. XIII, Bolonha, 1973, 213 e segs. Ainda, Virginia *Rau — Italianismo na cultura jurídica Portuguesa do século XV*, Coimbra, 1969 (separata da *Revista Portuguesa de História*, tomo XII) e *Alguns Estudantes e Eruditos Portugueses em Italia no Século XV*, Lisboa, 1972, (separata de *Do Tempo e da História*, V); A. Moreira de Sá — *Humanistas Portugueses em Italia*, Lisboa, 1983.

2 Albano Sorbelli — *Storia della Università di Bologna*, vol. I — *Il Medioevo (secs. XI-XV)*, 1940, 157.

II

PERÍODO DE INFLUÊNCIA DO DIREITO COMUM

(1248-1750)

II

ÉPOCA DAS ORDENAÇÕES

(c. 1446-1750)

1. *A dinastia de Aviz e as primeiras tentativas de sistematização das fontes de direito.* Nos começos do século XV, começa a sentir-se, bem viva, a necessidade de uma compilação que fixasse e sistematizasse, devidamente, as várias *fontes de direito*, em princípio, aplicáveis.

No que diz respeito às *fontes nacionais*, o rei que, directa ou indirectamente, monopolizou a criação do Direito, vem legislando com uma abundância a que, nem sempre, corresponde um efectivo conhecimento, por parte dos povos, de qual a norma vigente. Ainda que — como atrás se disse — pelo menos na Chancelaria e em certos tribunais superiores existissem livros onde se registavam as *leis*, certo é que esse registo seria cronológico ou até, executado à medida que das normas houvesse conhecimento [1]; deste modo, não era fácil saber quais as leis que se achavam, ou não vigentes, quais as que, por ventura, tivessem derrogado anteriores. Se, na própria Corte, existia incerteza quanto ao direito em vigor, muito maior era, compreensivelmente, essa incerteza no resto do país. Assim, conforme já notou Gama Barros, «nas cortes de Lisboa de 1427 crêem os povos que existe desde pouco tempo auctorização do rei para os infantes e alguns fidalgos terem ouvidores dos agravos interpostos dos juizes das suas terras:» «E outro si, Senhor, que *creemos* que des pouco tempo a ca he dado lugar per vos a vossos filhos, e alguns fidalgos que tenhão ouvidores que oução os aggravos que vem dante os juizes das suas Terras» [2]. Urgia, pois, sistematizar e dar conhecimento ao Reino das *leis gerais* promulgadas.

No tocante às fontes de direito, de origem *não nacional*, também aí se impunha um esforço de esclarecimento. Importava determinar o exacto campo de aplicação dos direitos *canónico* e *romano*, e definir as suas relações com o direito *nacional*.

---

1 Marcello Caetano — *Lições*, (1962), 256.

2 Gama Barros — *História*, vol. I, 142.

Não se trata, agora, de, caso a caso, aprovar ou reprovar determinada fonte: trata-se, sim, de, em geral, estabelecer um quadro de fontes, com a sua hierarquia.

Relativamente ao direito romano, vai D. João I, em carta régia de 18 de Abril de 1426, dirigida ao concelho de Lisboa, tomar importante medida [1]. Aí se diz que:

«Bem sabẽes o tralado que nos tomamos per que os feitos de nossos Reignos fossem desembargados por huũ termo soo *O qual foy outorizado pella força das leix do codigo, e decraradas e outorizadas pellas entençõees finaaes das grossas de sua final entẽçom dacursio que sobrello escrepveo, ora fosse per hũa grossa ou per duas ou per tres ou mais segundo he escripto, nos liuros. E esto quissemos que as conclussões de bartallo, que de sobellas leix do codigo ffez, que estas sejam autẽticadas.* Ca esta he nossa Vontade de os feitos nom seerem desenbargados senõ per hũa entẽçom e openyõ, segundo já he escripto. E porque estas leyx e estas grossas e Leitura de bartallo a no nom parecia que per elas ouuessem de Sentẽciar, porque os tralados de tirar de latim em linguajem nom som tam craros, que os homẽs que muyro nõ sabem os podessem bem entender, *por esto nos trabalhamos de fazer hũa decraração em cadhũa ley e grossa e no bartallo que de sobrello he escripto pella qual mandamos aos nossos desenbargadores que per aquella decraraçom façam liurar os feitos e dar as Sentenças agora per os feitos que perdante elles correrẽ que caibham nas leix e titulos que em esses dous livros que uos lla mandamos som contheudos.* E ainda mais por que nos possemos em algũas leix que nos pareçiam que eram muyto craras que estauam bem. Assim o Julgaae pella guissa que he escripto posto que em ellas nom seja outra decraração segundo mais compridamente verees per o proemyo destes dous liuros que uos agora mandamos. E vos poee estes liuros na Camara desse Conçelho presos per hũa cadea bem grande e longa. E nom os leixees veer a ninguem salvo aaquelles que feitos ouuerem ou a seus procuradores ou sse temerem dauer algũus feitos (...)» [2].

Que se determina, pois, nesta carta régia?

Segundo parece, em data que se não pode precisar, o monarca,

1 Veja-se, também, Braga da Cruz — *O direito subsidiario*, 207 e segs., nota (44).

2 *Livro dos Pregos*, fl. 216 v.º, copiada nos *Annaes do Municipio de Lisboa*, n.º 31, ano de 1857, 250, e reproduzida, também, em Gama Barros — *História*, vol. I, 123, nota 4; F. de Almeida — *História de Portugal*, Coimbra, 1925, t. III, 10, nota 1; e em Almeida Costa — *Romanismo e Bartolismo no Direito Português*, 21, nota 30, e *La Présence d'Accurse*, 13, nota 16. Utilizámos, igualmente, o documento em *Bártolo na Historia do Direito Português*, Lisboa, 1960 (separata da *Rev. de Dir. de Lisboa*, vol. XII).

no desejo de uniformização da justiça, ordenara que as questões passassem a ser resolvidas pelo *Código Justinianeu* [1], na interpretação dada pela *Glosa de Acúrsio*. Ora — como atrás se disse — o trabalho do jurisconsulto florentino consistiu, fundamentalmente, na reunião das glosas anteriores, seleccionando quanto de melhor existia; e, geralmente, após indicar as várias glosas ao texto do *Corpus*, em causa, manifestava Acúrsio a sua opção ou opinião (original, ou fruto de adesão a glosa pre-existente).

A opinião de Acúrsio ficaria atestada pela glosa que surgisse com a sigla *Ac*. As vezes, porem, Acúrsio não se chegava a pronunciar.

Sendo assim, na *Glosa de Acúrsio* (compilador), há glosas que reflectem a opinião de Acúrsio (jurista) e glosas que a não reflectem. Parece ser, pois, a esta luz que deve ser entendida a expressão da carta — «(...) *decraradas pellas entençõees finaaes das grossas de sua final entẽçom dacursio*». Por aqui se vê que existem «*grossas de sua final entẽçom dacursio*» e outras que o não são, desejando o rei português autorizar, apenas, as primeiras [2].

No entanto, a pratica judiciária não tinha encontrado a lineari-

De notar que, na vizinha Castela, uma pragmatica de João II de 1427, vai proibir a citação de legistas ou canonistas, posteriores a Bartolo e João Andre. Depois e com intenção restritiva, as *Ordenanzas de Madrid*, de 1499, limitaram a possibilidade de citação a Bartolo, Baldo, João Andre e Panormitano. Esta disposição foi revogada em 1505, determinando-se que, em caso de dúvida, a decisão seria do rei. Cfr. Perez de la Canal — *La Pragmatica de Juan II de 8 de febrero de 1427* in *A.H.D.E.* (26) 1956, 659-663.

1 Em toda a Europa medieval, e, nomeadamente em França, vai ser o *Codigo* objecto de especial atenção por parte dos juristas; conforme, porem, observa Paradisi, não foi, ainda, este aspecto suficientemente estudado. Cfr. Bruno Paradisi — *La diffusione europea del pensiero di Bartolo e le esigenze attuali della sua conoscenza* in *Bartolo da Sassoferrato — Studi e Documenti per il VI Centenario* — I — Milão, 1962, 406.

2 O texto da Carta portuguesa parece dever ser aproximado do passo dos *Estatutos de Verona* (redacção de 1393) que dizia dever o juiz julgar, na ausência de direito estatutário e consuetudinário, «secundum iura romana et *glossas ordinarias Accursii approbatas per ipsum Accursium* (...)». Tambem nestes *Estatutos*, com clareza, se parte da realidade de, nas glosas ordinárias do *compilador* Acursio, existirem glosas que têm a aprovação do *jurista* Acúrsio, e glosas que a não têm; e, do mesmo modo, se manifesta a vontade de só serem seguidas as «*approbatas per ipsum Accursium*». Sobre a interpretação deste passo dos *Estatutos de Verona*, veja-se U. Nicolini — *I Giuristi Postaccursiani*, 912 e segs. Para Nicoli, glosas aprovadas por Acúrsio serão as que tiverem a sua sigla. Mas Nicolini faz notar que, nos Estatutos, *direito romano* e *Glosa* não constituem duas fontes distintas. O que sucede e que o *direito romano deve ser interpretado, segundo a Glosa*. (No mesmo sentido, Mario Sbriccoli — *L'interpretazione dello Statuto*, 389). Julgamos que idênticas considerações se podem aplicar à Carta portuguesa.

dade desejada, não julgava «*por huũ termo soo*»; acontecia que os pleitos fossem desembargados «*per hũa grossa ou per duas ou per tres ou mais segundo he escripto, nos liuros*». Possivelmente, isso sucederia nos casos em que Acúrsio se não pronunciara, em que não havia «*grossas de sua final entẽçom dacursio*» [1]. Para resolver a questão, vai o rei, num segundo momento, socorrer-se da autoridade de Bártolo (... *E esto quissemos que as conclussões de bartallo, que de sobellas leix do Codigo ffez, que estas sejam autẽticadas, Ca esta he nossa Vontade, de os feitos nom serem desembargados se nõ per hũa entẽçom e openyõ, segundo já he escripto*) [2].

Repare-se que, mais uma vez, avulta o aspecto da complexidade do *Corpus Iuris Civilis* — neste caso, do *Código* — que, na sua aplicação, carece de intermediários que o simplifiquem e expliquem: na

1 Com efeito, o tomar-se a *opinião de Acursio* como critério decisório, oferecia, por vezes, dificuldades. Nalguns casos, como já se apontou, a dificuldade derivava de, após a exposição das várias glosas, Acursio se não chegar a pronunciar; daí, a formulação de regras, nomeadamente a que considerava a ultima glosa recolhida, como reflectindo o pensar do compilador. Noutros casos, a dificuldade provinha da existência de contradições entre as glosas aprovadas por Acúrsio. Esta ultima era, aliás a hipótese resolvida nos já referidos *Estatutos de Verona*, onde depois de se prescrever a obediência às «*glosas ordinarias Accursii aprobatas per ipsum Accursium*», se dizia que «*in quantum sibi ad invicem contradicerent, tunc iudicetur secundum illam glossam quam approbat Dinus*»; ou seja, que, em caso de contradição de glosas, se devia seguir a que fosse aprovada pelo pós-acursiano Dino de Mugello. Cfr. Savigny — *Histoire du Droit Romain au Moyen-Age*, tomo IV, 148-150; U. Nicolini — *I Giuristi Postaccursiani*, 921-922 e A. Liva — *La Gerarchia delle Fonti di Diritto nelle citta dell'Italia Setentrionale*, Milão, 1976.

2 A menos que a cronologia tenha de ser revista, parecem varios factos confirmar que, já antes da carta de 18 de Abril de 1426, tinha o rei tomado medidas para que a tradução do comentário de Bártolo tivesse valor de fonte de direito. Como se verá em seguida, na mencionada carta do Infante D. Pedro, a D. Duarte, escrita antes de Abril de 1426, diz-se que «pera abreuvamento dos fevtos aproueitara muito seguvr se a maneira que o Senhor rey *ordenou sobre o bartolo contanto que o liuro seja bem ordenado e corrydo por dous bons doctores afora aquele que o treladou*». Fala-se, pois, de um livro que contém a tradução de Bártolo (tradução que não parece ser muito feliz), e que se afigura de não confundir com os dois livros, enviados em 18 de Abril de 1426, contendo «hũa decraração em cadhũa lei e na grossa e no bartallo que de sobrello he escripto». Há, porém, a considerar um outro documento, que é um alvará de 19 de Maio de 1425 (*Livro dos Pregos*, fl. 246 e 246 v.) no qual o Infante D. Duarte dirigindo-se ao «Corregedor e Juizes e Justiças da çidade de lixboa E a outros quaaesquer que esto ouverem de ueer», diz ter falado «*a el Rey meu Senhor sobre a pena que he scripta no proemio do bartallo per que percam os beens os juizes e procuradores se julgarem e precurarem fora daquello que ell hordena. E a el praz que aquella pena dos beens sse tire aos juizes e procuradores. E no all todo que este o proemyo em sua força afora naquello de que ell ffez decraraçom per hũa carta que sobrello enuyou a p. annes lobato a qual uos podera mostrar* (...)». Assim, em Maio de 1425, D. João I — aceitando, embora, uma excepção e fazendo uma *decraraçom* — confirmava, genericamente, o *proemio do bartollo (que este o proemyo em sua força)*.

carta de 1426, esses intermediários são os chefes das escolas de *glosadores* e *comentadores*, Acúrsio e Bártolo. No entanto, estes juristas escrevem em latim — um latim que irá concitar as iras dos humanistas — mas que, mesmo assim, não é acessível ao comum dos medievais.

Em vista disso, tinha ordenado o rei a tradução de textos, glosas e comentário de Bártolo. Tudo resolvido? Ainda não.

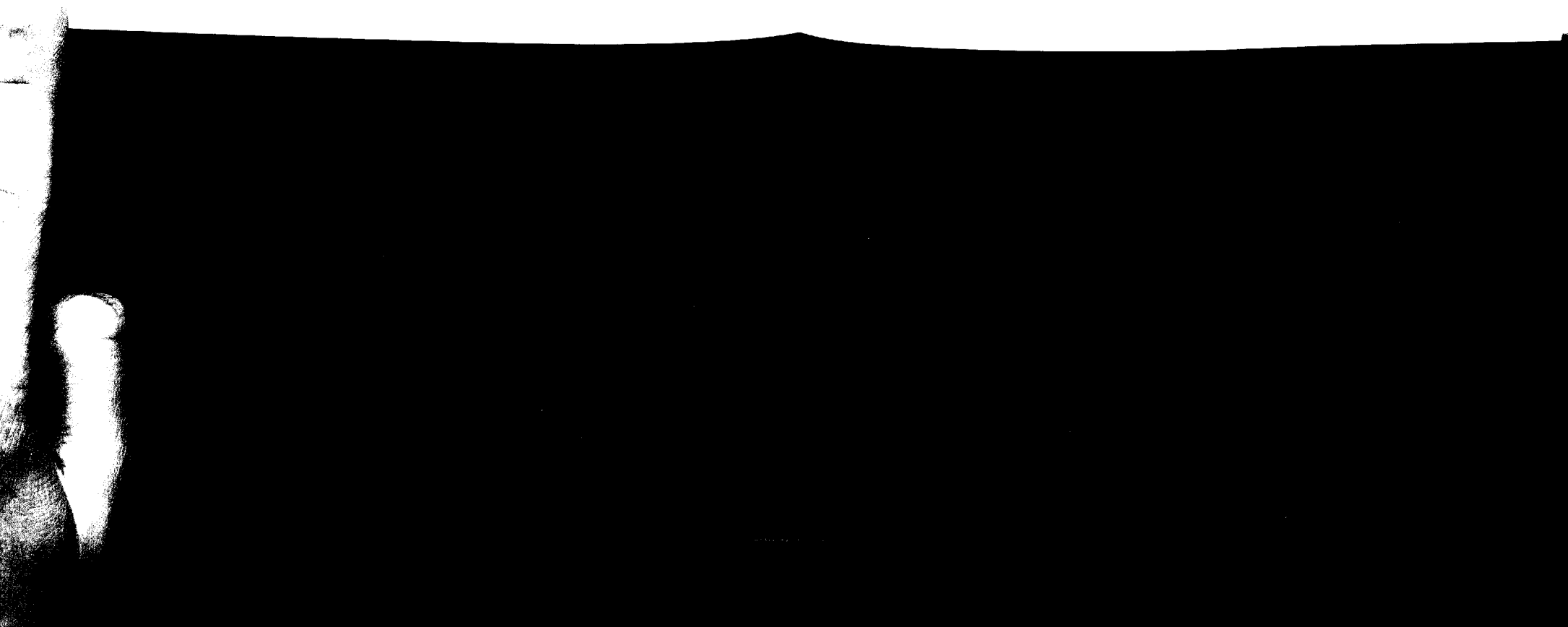
Na verdade, pondera o rei que «*estas leyx e estas grossas e Leitura de bartallo a no nom parecia que per elas ouuessem de Sentẽciar, porque os tralados de tirar o latim em linguagem nom som tam craros, que os homẽs que muyto nõ sabem os podessem bem entender*». A simples tradução não constitui, ainda, texto utilizável por não letrados.

Assim, a solução estará em fazer um resumo interpretativo, «*hũa decraração em cadhũa ley e na grossa e no bartallo que de sobrello he escripto pella qual mandamos aos nossos desembargadores que por aquela decraraçom façam liurar os feitos e dar as sentenças agora per os feitos que perdante elles correrẽ que caibham nas leix e titulos que em esses dous livros que uos lla mandamos som contheudos*» [1-2].

Um pouco antes desta carta, embora já, possivelmente, em 1426, escrevia o Infante D. Pedro, de Bruges, a seu irmão D. Duarte, ainda príncipe, e após se lamentar da inércia dos encarregados da justiça, dizendo «que seis tvuessem vontade de desembargar e fossem diligentes em seu offiçio, que farião mais «que cinquenta que tal uontade nom tem», acrescentava: «(...) parece me, senhor, que *pera abreuyamento dos feytos aproueitara muyto seguyr se a maneira que o senhor rey ordenou sobre o bartolo contanto que o liuro seja bem ordenado e corrydo por dous bons doctores, afora aquele que o treladou E yso mesmo de as leys e ordenações do reyno serem proujdas e atituladas cada*

1 Pelo resto da carta, se vê que algumas das leis eram tão claras que o rei tinha achado não merecerem «*decraração*».

2 A interpretação da carta, acabada de expor, foi, recentemente, posta em dúvida por A. Hespanha — *História das Instituições*, 496-497, nota (1066). Segundo Hespanha — «As determinações relativas à glosa de Acursio e ao comentário de Bártolo não teriam o mesmo conteúdo; em relação à glosa dava-se-lhe força vinculativa, conforme resulta claramente da C. R. de 18.4.1426; já quanto ao comentário de Bártolo, apenas se procede a uma tradução «autêntica» (leitura de bartallo, C. R. de 18.4.1426) proibindo-se a utilização do texto original ou de outras traduções». A posição de Hespanha — com todo o seu desenvolvimento — merece mais larga apreciação. De qualquer modo, desde já adiantamos que nos não parecem de aceitar as sugestões trazidas. Em toda a Carta, *lei*, *glosa de Acursio* e *Bartoli opinio* são, sempre, vistas num mesmo plano de força vinculativa. E é por uma *decraração* na *lei*, na *glosa* e em *Bártolo*, que se determina que os julgadores devem livrar os feitos e dar as sentenças.



hũa daquelo a que pertence. E se antre elas forem achadas algũas que já fosem reuogadas, que as tyrem, pois que delas não hão dusar; e as boas ordenações se gardasem nas cousas sobre que são feytas» [1] [2].

Vê-se, pois, que D. Pedro confiava na «*Bartolt opinio*», como critério orientador da jurisprudência, mas não se esquecia de recomendar a necessidade de sistematizar o direito pátrio. Na verdade, para boa administração da justiça, urgia compilar o direito régio, demarcar o seu campo de aplicação, quando em conflito com os outros ordenamentos jurídicos e, enfim, hierarquizar estes últimos sempre que fosse inexistente norma nacional.

Todavia, a terminar este ponto, há a sublinhar que a Carta de 18 de Abril de 1426 consagra, não a aplicação de todo o *Corpus Iuris*, mas sim e apenas do *Codigo*; e que, por isso, somente são canonizados a glosa de Acursio e o comentário de Bartolo, relativos a esse mesmo Código. Por outro lado, embora o propósito transmitido no início da carta seja o de uniformização judicial em todo o reino, certo é que ela é dirigida ao concelho de Lisboa e parece conter medidas a este concelho respeitantes. Afigura-se, pois, estar-se perante uma experiência localizada.

Tendo por âmbito todo o reino, vão surgir as *Ordenações Afonsinas*.

2. *Ordenações Afonsinas.* Foi ainda no reinado de D. João I, que, perante as queixas formuladas em Cortes quanto ao estado de confusão das leis, se havia encarregado João Mendes, corregedor da Corte, de proceder à desejada reforma. Morto D. João I, sem que a cometida obra estivesse finda, determinou D. Duarte que prosseguisse a tarefa. Porém, tendo João Mendes falecido pouco depois, foi a compilação confiada ao Doutor Rui Fernandes, que fazia parte do Conselho do Rei. Não consentiu o curto reinado de D. Duarte que, nele, acabasse Rui Fernandes o seu trabalho. E assim que, feito regente D. Pedro, este, logo no início do governo, «*mandou ao dito Doutor, que prosseguisse a dita obra quanto bem podesse, e nom alçasse della mão, ataaa que com a graça de DEOS a posesse em boa perfeiçom*».

Efectivamente, Rui Fernandes veio a terminar a empresa, em Julho de 1446, após o que D. Pedro determinou que «*as ditas Hordenaçooẽs e Compilaçom fossem revistas, e examinada per elle dito Doutor e per o Doutor Lopo Vaasques Corregedor da Cidade de Lixboa, e per Luiz Martins, e Fernão Rodrigues do Desembargo do dito Senhor Rey, as quaees per elles forom vistas, e examinadas, e em algumas partes reformadas*» [1].

A revisão final do texto das *Ordenações* terminou, ainda, ao tempo da regência de D. Pedro. Neste sentido depunham, já, as referências elogiosas ao Infante — que se acham no proémio do livro I da Compilação — e se não coadunariam com o clima político inaugurado pela queda do regente; possui-se, no entanto, prova directa do facto numa certidão de alguns regimentos passada em 27 de Agosto de 1447, a Rui Borges de Sousa, alcaide mor de Santarém, certidão que se diz extraída «*do primeiro Livro das Ordenaçoens e do 3.º das Reformaçoens das Ordenaçoens* que anda na nossa Chancelaria» [2].

Terão, deste modo, as *Ordenações* ficado, possivelmente, concluídas no segundo semestre de 1446 ou no primeiro de 1447.

Mas — como acentua Marcello Caetano — o podermos presumir, com relativa probabilidade, a data de conclusão das *Ordenações*, nada nos diz acerca da sua efectiva vigência no país. Tirar cópias duma compilação extensa, como eram as *Ordenações Afonsinas*, constituía tarefa demorada e onerosa. Possivelmente, o original teria ficado na chancelaria, as primeiras cópias teriam sido destinadas aos tribunais superiores — a *Casa da Suplicação*, que acompanhava a Corte, e a *Casa do Cível*, que estava em Lisboa — e «pouco a pouco, mas muito lentamente, iriam sendo tiradas mais cópias completas, que só podiam ser custeadas por concelhos ricos, como os do Porto e de Santarém, ou mosteiros poderosos como o de Alcobaça (...)[3].

---

[1] Pode ver-se o texto em A. Moreira de Sá — *A «Carta de Bruges» do Infante D. Pedro*, Coimbra, 1952 (separata de *Biblos*, XXVIII), 18. Na Livraria de D. Duarte, existiam, em tradução portuguesa, um «*Bartolo com tauoas e coiro verde*» e um «*bartolo em cadernos encadernado em purgaminho*» (Cf. *Livro dos Conselhos de El-Rei D. Duarte*, 207).

[2] São também, muito frequentes, nesta época, as cláusulas em que se diz que determinado negócio jurídico seja válido «*nom embargando todallas leys do reyno, direitos canonicos e cuees glosas e openjooes de doutores que em contrairo deste seiam*». Mais curiosa é a fórmula «*nem embargando todollos direitos do bartallo e leis e façanhas e degredos e opiniões de doutores*». (cfr. *Historia Florestal, Aquícola e Cinegética*, vol. I, Lisboa, 1980, 227, doc. de 8 de Fevereiro de 1427).

[1] *O. A.*, Liv. I — Proemio. E neste proémio que se colhem os principais dados relativos aos antecedentes históricos das *Ordenações Afonsinas*.

[2] Certidão citada em João Pedro Ribeiro — *Memoria sobre as Ordenaçoens do Senhor D. Affonso 5.º*, publicada por António Cruz — *Breve Estudo dos Manuscritos de João Pedro Ribeiro*, Coimbra, 1938, 121 e segs.

[3] Não chegaram, até nós, exemplares completos das *Ordenações Afonsinas*. A sua reconstituição fez-se pela combinação dos vários truncados exemplares que se encontraram na *Torre do Tombo* (dois manuscristos do Livro II, e um Livro III e IV), na *Câmara de Santarem* (Livros I, II, IV e V), na *Câmara do Porto* (Livros I, II, IV e V), no *convento de St.º António da Merceana* (Livros I e III) e no *Mosteiro de Alcobaça* (Livro II).

O conhecimento da compilação difundiu-se, portanto, com grandes vagares e não nos devemos deixar iludir pelas ideias actuais sobre publicação e vigência das leis» [1].

Se passarmos, agora, a examinar o sistema das Ordenações Afonsinas, verificaremos que elas, à semelhança das *Decretais* de Gregório IX, se acham, também, divididas em *cinco* livros; por seu lado, os *livros* encontram-se divididos em *títulos*, e estes, por vezes, em *parágrafos*.

O *Livro I*, que compreende 72 títulos, contém os regimentos dos cargos públicos, quer régios, quer municipais. O *Livro II*, dividido em 123 títulos, contempla a matéria respeitante à Igreja e à situação dos clérigos, direitos do rei, em geral, e administração fiscal, jurisdição dos donatários, privilégios da nobreza, e legislação especial de judeus e mouros. O *Livro III*, abrangendo 128 títulos, ocupa-se do processo civil. O *Livro IV*, nos seus 112 títulos, trata do direito civil; enfim, o *Livro V*, com 121 títulos, versa direito e processo penal. São os vários Livros precedidos de *proémio*.

Substancialmente, as Ordenações Afonsinas constituem uma compilação, actualizada e sistematizada, das várias *fontes de direito* que tinham aplicação em Portugal. Assim, em grande parte, são elas formadas por *leis anteriores, respostas a capítulos apresentados em Cortes, concórdias e concordatas, costumes*, normas das *Siete Partidas* e *disposições dos direitos romano e canónico* [2].

De um modo geral, a técnica legislativa usada foi a de transcrever, na íntegra, dentro de cada título, a fonte ou fontes existentes, após o que se seguia um comentário, contendo confirmação, alteração ou afastamento do regime jurídico, até então em vigor [3]. Todavia, nomeadamente no *Livro I*, o método é diferente, sendo este volume escrito no chamado estilo *decretório* ou *legislativo*, isto é, enunciando-se, directamente, a norma, sem referência a fonte anterior. Para explicar este facto, tem-se sugerido que o *Livro I* seria, ainda, da autoria de João Mendes, enquanto os restantes seriam devidos a Rui

1 Marcello Caetano — Prefácio à edição do *Regimento dos Oficiais das Cidades, Vilas e Lugares destes Reinos*, Lisboa, 1955, 14 e, agora, *História*, (1981), 533-535.

2 Podem ver-se exemplos em Marcello Caetano — *Lições (1962)*, 259-260.

3 Veja-se, como exemplo da técnica utilizada, o *tit. LXXXV do Livro II: «ElRey Dom Afonso o Segundo* da famosa memoria *em seu tempo fez hũa Ley*, de que o theor tal he (...) 2. E achámos no Livro da Nossa Chancellaria que despois *ElRey meu Senhor*, e Padre de gloriosa memoria *em seendo Iffante fez outra Ley* sobre este mesmo caso em esta forma que se segue (...) 4. *As Quaees Leyx ambas vistas e examinadas per nós confirmamos e mandamos que se cumpram, e guardem como em ellas he contheudo»*.

Fernandes [1]; ou que a diferença de estilo se justificaria pela razão de o *Livro I* versar matéria, antes não contemplada em fontes nacionais, contrariamente ao que sucede com os livros seguintes [2]. Julgamos ser esta última razão, por si só, suficiente para explicar a diferença de estilo [3], o que não quer dizer que a conjectura de João Mendes ser o autor do Livro I se não possa, igualmente, ter verificado. Mas, de momento, é simples conjectura.

Têm as *Ordenações Afonsinas* lugar primacial na evolução do Direito português; efectivamente, as posteriores *Manuelinas* e *Filipinas* — e estas últimas estarão vigentes até ao *Código Civil* — conservam o plano sistemático das Ordenações Afonsinas e, mesmo quanto ao conteúdo, têm nelas fundamento [4].

3. *Direito subsidiário nas Ordenações Afonsinas. Pluralismo de fontes e sua hierarquização.* A compilação afonsina veio dar cumprimento ao desejo do Infante D. Pedro, expresso na acima referida carta de Bruges — o *«de as leys e ordenações do reyno serem proujdas e atituladas cada hũa daquelo a que pertence»* [5]. Todavia, porque as

1 J. Anastásio de Figueiredo — *Synopsis Chronologica*, vol. I, 37: Merêa — *Lições* (1925), 133; Almeida Costa — s. v. *Ordenações* in *Dicionário de História de Portugal*, 206, 2.ª col.; Braga da Cruz — *Lições* (1955), 383, diz que «a diferença de estilo que se nota entre o Livro I e os restantes, levou alguns investigadores a considerá-lo da autoria de João Mendes», mas não toma posição. Contra, Marcello Caetano — *História*, (1981), 541.

2 Luís Correia da Silva, na prefação (pág. VIIII) que antecede a edição das *Ordenações Afonsinas*, aponta as duas presumíveis explicações, sem manifestar a sua preferência.

3 Relembre-se, até, o dizer da atrás referida certidão de 27 de Agosto de 1447, onde se fala «do primeiro Livro *das Ordenaçoens* e do 3.º das *Reformaçoens das Ordenaçoens*». O livro 1.º, porque é *novo*, seria um Livro de *Ordenações;* o livro 3.º, porque trata de *«matéria objecto de anteriores ordenações»*, seria um Livro de *«Reformaçoens das Ordenaçoens»*. Posteriormente, porém, deixará de fazer-se esta distinção.

4 As *Ordenações Afonsinas* só vieram a ser impressas, em 1792, integradas na *«Colecção de Legislação antiga e moderna do Reino de Portugal»*. Fêz-se, agora, em 1984, uma reimpressão com prefácio de Almeida Costa.

5 Martim de Albuquerque veio recentemente defender, com alegado fundamento num mal chamado *Regimento Quatrocentista da Casa da Suplicação* — elaborado depois de 1433 — que, a esse tempo, *«a opinio Bartoli*, já ampliada a outras obras que não o comentário ao *Código*, prevalecia sobre o *jus regni*, o *jus proprium»*. (Cfr. Martim de Albuquerque — *O Regimento Quatrocentista da Casa da Suplicação (Texto latino acompanhado de tradução portuguesa pelo Dr. Miguel Pinto de Meneses)*, Paris, separata especial do vol. XV dos *Arquivos do Centro Cultural Português*, 1980, 20, nota 4; *Bártolo e Bartolismo na História do Direito Português*, Lisboa, separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 304, 1981 (21-23 e 85) e R. Albuquerque, M. Albuquerque e outros — *História*

Ordenações não constituiam um corpo completo de leis, porque o direito régio era como que um complemento do *utrumque ius*, tornava-se, igualmente, necessário demarcar as fronteiras dos ordenamentos jurídicos aplicáveis em Portugal, na falta de direito pátrio; era, pois, indispensável regulamentar o chamado *direito subsidiário*[1].

A matéria acha-se tratada no *Livro II, título IX* das *Ordenações*, título que se denomina — *«Quando a Ley contradiz aa Degratal, qual dellas se deve guardar»*.

Vejamos o sistema adoptado.

Começa o título por afirmar que, qualquer feito que se apresente em tribunal, deve ser julgado, se possível, pelas fontes nacionais; o primeiro ordenamento jurídico onde se há-de procurar norma aplicável a uma questão é o pátrio. Se, aí, se não encontrar norma, então recorrer-se-á ao *utrumque ius*.

Diz o proémio do título:

> «Estabelecemos, e poemos per ley que quando alguũ caso for trazido em pratica, *que seja determinado per algũa Ley do Regno, ou estillo da nossa Corte, ou custume dos nossos Regnos antigamente usado, seja por elles julgado nom embargante que as Leyxs Imperiaaes acerca do dito caso ajam desposto em outra guisa*, por que onde a Ley do Regno dispoem cessam todalas outras Leys e Direitos; *e quando o caso, de que se trauta, nom for determinado per Lei do Regno, mandamos que seja julgado, e findo pelas Leys Imperiaaes, e pelos Santos Canones*».

Há, pois, que, em primeiro lugar, aplicar o direito nacional, que pode ser originado em três diversas fontes: *lei do Reino, estilo da Corte* e *costume antigamente usado*[2]. Só na falta de qualquer destas fontes será lícito recorrer aos direitos *romano* e *canónico*. Por outras palavras: só haveria recurso aos *iura communia* na ausência de *ius proprium*. Não eram substancialmente diversas as soluções existentes nas comunas italianas; também, aí, se afirmava a primazia do *statutum* local, recorrendo-se, na falta deste, ao *direito romano*, isolado[1] ou, também, ao *direito canónico*[2].

Note-se, ainda, que o texto das Ordenações ao declarar a aplicação do direito do Reino *«nom embargante que as Leyx Imperiaaes acerca do dito caso ajam desposto em outra guisa»*, mostra sentir necessidade de repelir uma pretensa superioridade do direito romano, relativamente ao pátrio. Não há, porém, idêntica preocupação quanto ao direito canónico; tal facto atesta bem a evolução verificada, desde 1211, altura em que a contrariedade entre lei canónica e lei régia era resolvida pela supremacia da primeira.

Vimos que o texto das *Ordenações* remetia para os direitos romano e canónico, na falta de direito nacional. Não podia, no entanto, ficar por aqui o comando legislativo, pois isso seria partir do errado princípio de uma constante harmonia entre leis e cânones; era preciso indicar a norma aplicável, quando existisse conflito entre as duas ordens jurídicas. Continuavam, então, as Ordenações:

> «E Acontecendo que acerca de tal caso *as Leyx Imperiaaes sejam contrairas aos Canones, mandamos que assy nas cousas temporaaes, como espirituais, se guardem os Canones, se o caso tal for, que guardando as Leyx Imperiaaes, traga pecado;* pode-se poer enxemplo no possuidor de maa fe, que segundo as Leyx Imperiaaes per trinta annos possoindo sem titulo, prescrepve a cousa alhea, e segundo Direito Canonico, o possuidor de maa fé nom pode prescrepver per nenhuũ tempo; se em tal caso se guardassem as Leyx Imperiaaes, guardando-as, necessariamente trazeria pecado ao possuidor, o que nom devemos a consentir, maiormente que em tal caso devemos necessariamente obediência ao Padre Santo, e aa Santa Igreja, de que os Canones procedem, a qual nõ devemos em nenhum caso aos Emperadores, de que as Leyx Imperiaaes procedem; e por tanto convem que tal caso, e em outro semelhante se guarde o Direito Canonico, e nom o Direito Imperial: *e no caso temporal, que a guarda das Leyx Imperiaaes*

---

do Direito Português, vol. II, (ed. ciclostil), Lisboa, 1983, 32-34 e 43-44. Pensamos que esta original tese não é correcta. Mas trataremos do assunto em comentário autónomo, que publicaremos em breve.

1 Veja-se, também, Braga da Cruz, *O direito subsidiário, cit.* e R. e M. de Albuquerque, *História*, 38-51.

2 Mais adiante, e com desenvolvimento, tratar-se-á do *estilo* e do *costume*.

1 *Estatutos de Vicenza* (1264), L. I., fol. 8, Sacramentum Pot.: *«sec. leges et iura et statuta civ. vic. et consuetudinem, et si statutum legi contrarium reperiatur, statutum teneat observare»; Estatutos de Novara de 1277-1281*, rub. 7: *«condemnationes et absolutiones malefactorum (...) sec. formam statuti, ubi sunt statuta, et statutis deficientibus sec. leges romanas»*. Estes e outros exemplos, que não ha interesse em multiplicar, podem ver-se em Engelmann — *Die Wiedergeburt*, 120-128.

2 *Estatutos de Imola* (1334), L. I., rub. 4 *«sec. jura et statuta (...) et ubi ea defecerint, sec. bonas et inveteratas consuetudines (...) et ubi omnia ista deficerent sec. jura communia, tam canonica quam civilia»*. Ctr. Engelmann — *Die Wiedergeburt*, 123.

nom traga pecado, ellas devem ser guardadas nom embargante que os Canones sejam em contraira disposiçom».

Deste modo, o âmbito dos direitos justinianeu e canónico, como fontes de direito subsidiário, ficava, assim, demarcado:

— aplicar-se-ia o *direito romano* em matéria temporal, sempre que a sua observância não fizesse incorrer em pecado;
— *o direito canónico* seria de aplicar nas coisas espirituais, e, também nas temporais, quando o direito romano se não pronunciasse ou quando a sua observância trouxesse pecado.

A solução das Ordenações Afonsinas sobre o modo de resolver possível diferendo entre a lei romana e a lei canónica mais não representava que a adaptação do ensino de Bártolo [1], que se impôs, aliás, aos juristas posteriores [2]. A própria designação do título das Ordenações — «*Quando a ley contradiz aa Degratal qual dellas se deve guardar*» — parece mostrar uma certa influência doutrinal. Com efeito, sob aquela ou semelhante epígrafe, tratava-se, no ensino, do problema fundamental que era a resolução da contrariedade entre *lei* (direito romano) e *decretal* (direito canónico) [3].

Ora, o certo é que nas Ordenações portuguesas, sob essa denominação, se não contempla, apenas, tal contrariedade: estabelece-se a predominância do direito nacional, relativamente ao *utrumque ius* e, como veremos adiante, citam-se outras fontes, diferentes dos direitos romano e canónico. Contém, pois, o título mais que o que sua denominação insinua.

Uma outra observação se julga de fazer. Como se viu, em matéria de pecado, determina-se a observância do direito canónico «*maiormente que em tal caso devemos necessariamente obdiência ao Padre Santo, e aa Santa Igreja, de que os Canones procedem, a qual nõ devemos em nenhuũ caso aos Emperadores, de que as Leyx Imperiaaes procedem*».

Há, assim, a justificação teórica da aplicação do direito canónico, fundada na obediência ao Papa e à Igreja, e também a afirmação da doutrina da *exemptio imperii*, de inexistência de qualquer vínculo que una Portugal ao Império. Todavia, na parte final, vem dizer-se que «*no caso temporal, que a guarda das Leys Imperiaaes nom traga pecado ellas devem ser guardadas nom embargante que os canones sejam em contraira disposiçom*».

Repare-se que, deste modo, se afirma a supremacia das leis imperiais (que procedem dos Imperadores, a quem não se deve obediência) sobre as leis canónicas (que procedem da Igreja, à qual, pelo menos no espiritual, é devido obséquio). É, pois, nas Ordenações Afonsinas falha de justificação e mesmo, em certa medida, contraditória, a indicação do *direito romano* como fonte subsidiária [1].

Prossigamos, porém, no exame do texto das *Ordenações*, já que ele prevê, ainda, a hipótese de nenhuma das fontes, até aqui mencionadas, se pronunciar sobre o caso submetido a julgamento. Determina-se, assim, que «se o caso de que se trauta em pratica, nom fosse determinado per ley do Regno, ou estilo, ou custume suso dito ou Leyx Imperiaaes, ou Santos Canones, *entom mandamos que se guardem as grosas d'Acursio encorporadas nas ditas Leys. E quando pelas ditas grosas o caso nom for determinado, mandamos, que se guarde a opiniom de Bartholo, nõ embargante, que os outros Doutores diguam o contrario* (...)».

Como se vê, há a confirmação do espírito da carta dirigida ao concelho de Lisboa, em 1426 — as *auctoritates* canonizadas são as de Acúrsio e Bártolo [2].

---

[1] Efectivamente, Bártolo no seu *Comentário Sup. Cod. 1, 2 de Sacr. eccles. l. privilegia*, dissera: «*tu dic, aut loquimur in spiritualibus et pertinentibus ad fidem et stamus canoni* (...) *Aut loquimur in temporalibus* et tunc in terris subiectis Ecclesiae, et sine dubio stamus decretalibus; *aut in terris subiectis Imperio et tunc, aut servare legem est inducere peccatum ut quod prescribat prossessor malae fidei, et tunc stamus canonibus* (...); *aut non inducit peccatum et tunc stamus legibus*». Sobre o passo, em geral, vejam-se Woolf — *Bartolus of Sassoferrato*, Cambridge, 1913, 72 e segs. e 99 e segs.; W. Ullmann — *The medieval idea of Law as represented by Lucas de Pena*, Londres, 1946, 90 e segs.; F. Calasso — *Medioevo del Diritto* — I — *Le Fonti*, 488-489. Para a sua relacionação com o passo das Ordenações Afonsinas, vejam-se M. J. de Almeida Costa, *Romanismo e Bartolismo*, 23 e o nosso *Bártolo*, 14-15.

[2] Veja-se, por exemplo, Bartolomeu de Saliceto, professor em Bolonha, nos fins do século XIV e inícios do século XV, onde foi mestre de vários portugueses, entre os quais, segundo parece, de João das Regras (cfr. nosso cit. *João das Regras*, 13 e segs.): «*aut queritur in spiritualibus et lex succumbit canoni.* (...) *aut in temporalibus et idem si observantia l. fovet peccatum ut quod possessor malae fidei prescribat* (...) *si vero peccatum non fovet* adhuc idem in terris subiectis ecclesie; *in terris vero non subiectis ecclesie sed imperio adhuc idem si litigetur in foro episcopalis secus si in foro seculari; quia tunc inter laicos praefertur l. cano.* (...)» Cfr. *Comentário Ad. I. II. III. e III. Lib. Codicis*, Lião, 1560, I, 2, *De Sacr. eccles. l. privilegia*, 11, 1a. col.

[3] Quanto ao âmbito de aplicação do direito canónico, vejam-se, agora, as dúvidas expostas por José Artur A. Duarte Nogueira, *Algumas reflexões sobre o direito subsidiário nas Ordenações Afonsinas*, Coimbra, 1980 (sep. da *Rev. de Dir. e Est. Sociais*, ano XXVI, n.º 4) que nos não parecem inteiramente convincentes.

[1] A justificação será tentada nas posteriores *Ordenações Manuelinas*, mais concretamente na edição definitiva de 1521.

[2] Mas, aqui, diferentemente do proposto por Nicolini e Sbriccoli, quanto aos *Estatutos de Verona*, o texto português considera Acúrsio e Bártolo como fontes diferentes da fonte justinianeia. Este ponto é importante.

Em primeiro lugar, deve recorrer-se às «*grosas d'Acursio encorporadas nas ditas Leyx*» [1]. A autoridade do florentino impõe-se ainda, sem discussão, à dos demais Doutores, podendo dizer-se que, neste ponto, o texto português reflecte o pensamento jurídico da época [2].

Não havendo Glosa aplicável ao caso vertente, determinavam as *Ordenações* que se observasse a opinião de Bártolo, «*nõ embargante que os outros Doutores diguam o contrario*»; e, em complemento, indicam-se as razões explicativas dessa preferência, que, acima, se transcreveram. Talvez sejam de fazer algumas observações. Na verdade, há a notar que, diferentemente do que se passa com a *auctoritas* de Acúrsio — cuja primazia é pura e simplesmente afirmada — ao falar-se da autoridade de Bártolo [3], sente-se necessidade de dizer que ela se impõe, mesmo que contrariada pelos outros Doutores; há, ainda, que explicar as razões do favor concedido a Bártolo.

No fundo, ao redigir-se a Ordenação portuguesa está já presente o problema da resolução a dar ao possível conflito entre a *Bartoli opinio* e a *communis opinio doctorum*. Não é ainda — tanto quanto conhecemos — muito frequente, nos meados do século XV, a afirmação, clara e expressa, de que a *comum opinião* se impõe a Bártolo [4].

1 O contraponto da autoridade de Acúrsio está no facto de a *Glosa* passar a ser o «*apparatus*» ordinário do *Corpus*; mas não é menos certo que, a partir desse momento, a partir da altura em que o *texto* e *interpretação* passam a viver compenetrados, a autoridade da *Glosa* irá ainda crescer.

2 Também em Itália, nos *Estatutos de Verona* — como acima se viu — a *Glosa de Acúrsio* chegou a ter valor de autoridade canonizada. Por muito tempo, mas, segundo parece, erradamente, supôs-se ter existido texto semelhante nos *Estatutos de Bolonha* (cfr. Savigny — *Histoire*, vol. IV, 150, nota 27; Engelmann — *Die Wiedergeburt*, 186-189; A. Marongiu — *Legislatori e Giudici di fronte all'autorità dei giuristi*, 49; e U. Nicolini — *I Giuristi Postaccursiani*, 912-914).

3 Ao contrário de Acúrsio, Bártolo não chegou a obter, na sua pátria, o valor de autoridade canonizada. Existiram, no entanto, cátedras de «*lectura textus, Glossae et Bartoli*», em Pádua, Pavia e Nápoles (Cfr. Calasso — *Medievo*, 573). A supremacia de Acúrsio em relação a Bártolo era unanimemente aceite. Assim, R. Fulgosio, *Cons.* 116, n. 3 — «Licet Bartolus hunc intellectum glossae reprobet, *tamen major est glossae auctoritas quam Bartoli*»; Paulo de Castro, *VI C. de inst. et subst.* l. fin.: «Quidquid autem Bartolus dicat omnes moderni reprobant materiam suam (...) *tene ergo lecturam Glossae, et dixit Baldus, quod propter fantasias Bartoli non debemus a Glossa recedere*». Cfr. Engelmann — *Die Wiedergeburt*, 235-336.

4 Mas veja-se, por exemplo, Andrea Barbazza (1400-1479), *Consilia*, vol. IV, cons. LX IV, n. 15: «Et ideo pulchre dicebat Ang. in lege si idem (...) quod tunc recurrimus ad auctoritatem maiorum, quando non habemus casum legis, sed ubi habemus casum legis, tunc silent auctoritates aliorum, et maxime in casu nostro, quando dictum Bart. est contra casum legis, *et etiam quia communiter reprobatum est dictum suum* (...)». O sublinhado é nosso.

Mas, em tese de princípio e em geral, é corrente a posição de que «*a communi opinione in judicando et consulendo non est recedendum*» [1].

Deste modo, a determinação das *Ordenações Afonsinas*, relativa a Bártolo, vai contra a corrente doutrinal que se estava desenhando [2], e é, por isso, que surge a necessidade de justificar a preferência concedida ao jurista da Sassoferrato. Os fundamentos dessa justificação são três: um aspecto ligado à *observantia*, pois «*assy foi sempre usado, e praticado em tempo dos Reyx meu Avoo e Padre da gloriosa memoria*»; uma presunção de *racionalidade*, já que a «*sua opiniom comunalmente he mais conforme aa razom, que a de nenhuũ outro Doutor*»; e uma necessidade de *certeza*, uma vez que «*em outra guisa seguir-sia grande confusom aos Desembargadores, segundo se mostra per clara esperiencia*».

Faltava, agora, regular a hipótese de a questão não estar contemplada em qualquer das fontes mencionadas. A ser assim «acontecendo caso, ao qual per nenhuũ dos ditos modos nom fosse previsto, *mandamos que o notifiquem a Nos pera o determinarmos; porque nom tamsomente taaes determinaçoões som desembargo daquelle feito, que se trauta, mais som Ley pera desembargarem outro semelhante*».

Esta hipótese de intervenção do *princeps* na integração da lei merece algumas considerações.

As fontes romanas tinham admitido, com clareza, a existência de casos não previstos na lei — «*Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur sed sufficit et ea, quae plerumque, accidunt, contineri*» (D.1.3.10.) [3].

Mas, quando se passava ao modo de integração das lacunas, não se mostravam os textos unívocos: falava-se em *interpretatio* ou

1 Engelmann — *Die Wiedergeburt*, 215 e segs.

2 Deve notar-se que num dos manuscritos das *Ordenações* que chegou até nós — e que, precisamente, já se encontrava no Arquivo Régio da Torre do Tombo no século XVIII — lê-se «nõ embargante que *alguns outros* Doutores diguam o contrario». Em vez de «*os outros*» diz-se, pois, «*alguns outros*». Isto parece demonstrar que houve no redactor desta variante o desejo de evitar a heresia doutrinal. A autoridade de Bártolo poder-se-ia sobrepor à de *alguns outros* Doutores; à de todos, não. Bártolo cederia perante a *communis opinio*. Note-se que nas próprias *Ordenações Afonsinas* já há referências aos *Doutores* (*O.A.*, 2.8.8; 3.20.7 e 5.118.8), à «*communal opinião dos Doutores*» (*O. A.*, 3.9.6).

3 Também, D. 1.3.12: «Non possunt omnes articuli singulatim aut legibus, aut senatus consultis comprehendi; sed quum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui iurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita ius dicere debet».

constitutio [1] do príncipe, em *procedimentum ad similia* [2] ou em recurso ao *costume* [3]. Por outro lado, em matéria de interpretação, também surgiam textos em que se apontava a necessidade de recurso ao *princeps*, ao *costume* ou à *benigna interpretatio*.

A doutrina medieval vai procurar superar as aparentes antinomias.

Não vale a pena, neste lugar, examinar todos os tentames dos glosadores; mas terá interesse, pela sua importância, fixar a posição de Acúrsio. A *Magna Glosa*, seguindo o ensinamento de Azão, estabelecia a seguinte distinção: tratando-se de caso omisso, de dúvida *super novo negotio*, deve recorrer-se ao imperador, se presente; se há dificuldade em levar a questão ao imperador, deve proceder-se *de similibus ad similia*. Tratando-se de interpretação de lei obscura, de dúvida *super lege*, então dever-se-ia recorrer, em primeiro lugar, ao *costume* e, em seguida, ao *imperador;* não estando ele presente, recorre-se à *benignior interpretatio verborum;* se há dúvida sobre a *benignior interpretatio*, deve seguir-se a letra da lei; por último, será de proceder *de similibus ad similia* [4].

De um modo geral, a Glosa veio influenciar a doutrina posterior. Todavia, um ponto há no qual, a partir de Pierre de Belleperche, o entender de Acúrsio será objecto de crítica. O mestre francês vem, por um lado, sublinhar o que há de absurdo de, tanto na interpretação como na integração, se recorrer, ou não, ao *princeps*, consoante ele estivesse presente no local do litígio; por outro lado, Belleperche salienta que, em qualquer caso, o juiz deve recorrer, em primeiro lugar, ao processo analógico «*cum hoc sit proprium legum*». Também, com Pierre de Belleperche, a contraposição passa a fazer-se entre dúvida *super novo negotio* e dúvida *super novo iure, sive lege nova*. Assim, e resumindo, segundo Belleperche, no caso de dúvida *super novo negotio* — caso omisso — «*consideret ergo primo iudex utrum possit de similibus ad similia procedere et procedat, cum hoc sit proprium legum*»; só depois se recorreria ao *princeps*. No caso de dúvida *super novo iure* — e em crítica à distinção da Glosa de recurso ao *princeps* consoante este se achasse ou não presente — declarava: «*Dico autem*

[1] D. 1.3.11: «Et ideo de his quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est». Também, C. 1.14.8.

[2] D. 1.3.12, transcrito na nota (3) da pág. anterior. Também, D. 1.3.32, *in fine*.

[3] D. 1.3.32: «De quibus causis scriptis legibus non utimur id custodiri oportet, quod moribus aut consuetudine introductum est (...)».

[4] Cfr. Ugo Nicolini — *Il Principio di Legalità nelle Democrazie Italiane*, Milão, 1955², 239; veja-se, também, Ennio Cortese — *La Norma Giuridica. Spunti Teorici nel Diritto Comune Classico*, vol. II, Milão, 1964, 375, nota (24).

illam distinctionem, imperator sit longe vel prope, non approbo: quia non est adeundus imperator, sit prope vel longe, pro litis decisione, ex quo habet iudex sufficientem rationem vel sufficiens simile; sed ut faceret ius adeundus est imperator» [1].

A partir de Belleperche, a doutrina vai passar a tratar, conjuntamente, as hipóteses de *novum negotium* e de *nova lex:* em qualquer dos casos, deve recorrer-se, em última instância, ao *princeps;* e acrescentar-se-á que a sentença do príncipe terá valor não só para o caso concreto, mas para os casos futuros [2].

Esse será, nomeadamente, o parecer de Bártolo [3], de Baldo [4] e de Bartolomeu de Saliceto [5].

[1] Cfr. Ugo Nicolini — *Il Principio di Legalità*, 242, nota (107).

[2] Ugo Nicolini — *Il Principio di Legalità*, 243-4.

[3] Bártolo in C. 1.14.11 *(De legibus, cum de novo)*: «*Opp. quod imo debeat iudicari de similibus ad similia: ut ff. de. l. non possunt dicit glo. illud est verum quando imperator non esset presens: secus si presens esset tunc debeat adiri ut hic doc. in hoc contradicunt huic glo. dicentes quod ultimus recursus est ad principem quando simile non reperitur, unde istam opi. puto veram (...)*»; também, Bártolo in C. 1.14.12 *(De legibus, si imperialis)*: «*Sententia diffinitiva lata super causa de qua cognovit et eius declaratio habet vim legis, et eius est interpretari cuius est condere, h. d. esta. l. vides quod sententia diffinitiva principis habet vim legis (...)*».

[4] Baldo in C. 1.14.2 *(De legibus, Quae ex relationibus)*, n. 3, ao falar das hipóteses de *relatio* ao *princeps*, diz poder ser ela *necessaria, probabilis, conjecturata, seu temeraria* e *malitiosa*. A *relatio necessaria* pode surgir por três modos: «*Primo, ratione formae commissionis: ut quia princeps mandavit quod sibi referretur antequam pronuntiaretur (...). Secundo procedit ista relatio ex defectu iurisdictionis (...) Tertio procedit ratione novae dubitationis, quia casus non est lege decisus: unde consultandus est princeps ut in eo. l. cum de novo.*» Fala-se, em seguida, de *relatio probabilis*: «*Probabilis vero ratio est ex conflictu rationum: nam casus est talis quod bene potest determinari per rationem legis: tamen propter diversitatem rationum est casus dubitabilis: et tunc probabiliter potest referri ad principem. ff. de haere. Instit. l. si pater famil. et l. et hoc Tyberius.*» Aqui, como se vê, distingue-se entre *relatio necessaria*, por força do caso omisso, e *relatio probabilis*, por motivo de lei obscura.

Em C. 1.14.11 *(De legibus, cum de novo)* diz Baldo: «*Dubitatio super nova lege noviter emergens debet dirimi per interpretationem conditoris, hoc dicit. Non intelligas quod non possit dirimi per Iudicem causae inter litigantes, sed inter universos debet dirimi per conditorem l. sequens (...)*». Efectivamente na lei seguinte, *l. si imperialis*, comenta Baldo: «*Et nota primo quod quando sententia Principis venit ad declarandum aliquod dubium iuris, quod talis sententia facit ius quoad omnes: quia non solum habet vim sententiae, sed etiam habet vim generalis statuti.*»

[5] Bartolomeu de Saliceto in C. 1.14.11 *(De legibus, cum de novo)*. Acerca do recurso ao *Princeps*, e criticando a *Glosa*, diz: «*(...) dic quod intelligitur de iure condendo et decisione per modum legis alias si tractamus de decisione per modum sententiae prius inspicienda est consuetudo qua deficiente de similibus ad similia prius debet procedi quam princeps adiri etiam si sit eius copia (...) absurdum enim esset ex proprinquitate vel longinquitate eius statui eius diversum (...)*».

Temos, assim, que, no *casus omissus*, se deve recorrer, em última instância, ao *princeps*, tendo a sentença deste *vis legis:* fica a constituir *ius quoad omnes*.

Fazendo o confronto deste sistema com o adoptado nas *Ordenações Afonsinas*, pode considerar-se que, também no texto português, o processo de integração do caso omisso se encontra na *relatio* ao *princeps;* e que, igualmente, a sentença por ele pronunciada, possui *vim legis* — *«nom tamsomente taaes determinaçoões som desembargo daquelle feito, que se trauta, mais som Ley pera desembargarem outro semelhante»* [1].

É, porém, importante notar que, na Ordenação portuguesa, entre o texto imperial e a *relatio* ao *princeps*, se prevê o recurso à autoridade de Acúrsio e de Bártolo. A situação merece algum comentário. Com efeito, por um lado, a doutrina intermédia afadigava-se em proclamar que, nas questões duvidosas, se não deve o *iudex* afastar da *Glosa* e, mais tarde, da *communis opinio*. Por outro lado, a partir dos textos romanos, onde se fala de processo analógico e de recurso ao príncipe, o trabalho dos Doutores concentra-se na análise da posição recíproca dos dois processos *«ad supplendum»*, não fazendo a necessária ligação com as consequências da *«Doctorum auctoritas»*. Todavia, na prática quotidiana, por razões evidentes, a resolução pelo *princeps* tende a ser completamente substituída pela autoridade doutrinal [2].

Perece que, após se indicar como último remédio *ad supplendum* o recurso à decisão régia, o título IX do Livro II das *Ordenações* devia, aqui, findar.

1 Aliás, também em *O. A.*, 2.15.5 se diz «e porque os Papas e os Emperadores, *e os Reyx, que fazem as Leyx, devem declarar qual foi o entendimento, que ouveram as Leyx, que fezerem;* (...)».

2 É curiosa a posição de Paulo de Castro. Em C. 1.14.2 *(De Legibus, Quae ex relationibus)*, n. 5, a propósito da *relatio* ao superior diz — citando Baldo — que ela pode ser *necessaria, probabilis* e *temeraria* (Baldo, como vimos falava, ainda, de *relatio malitiosa)*. Em seguida, Paulo de Castro diz que a *relatio necessaria* se verifica *propter defectum iurisdictionis* ou no caso de o juiz ter a *potestas audiendi, et non terminandi:* Castro suprime, aqui, a terceira hipótese de *relatio necessaria*, admitida por Baldo, e que era, precisamente, a de dúvida sobre *casus non decisus*. Quanto à *relatio probabilis*, diz Paulo de Castro ocorrer «propter probabile dubium quod indiget decisione principis, ut sunt plura quae occurruntur in matheria auth. ex causa, J. de lib. praete. sed si potest decidi per argu. aliarum ll. non iudex referre principi, sed procedere de similibus ad similia, ut in l. non possunt ff. eo. et in eo l. cum de novo et ibi no.». E em D. 1.14.9 *(De legibus, Leges sacratissimae)* que toma uma posição favorável à Glosa — ao tempo singular, como se viu — e se refere à prática substituição da *auctoritas* do príncipe pela *auctoritas* doutrinal: «sed. Doc. dicunt quod (Glosa) non procedit ordinate: quia vult quod ad principem recurratur antequam fiat interpretatio de similibus ad similia, quia dicunt quod ultimo loco princeps est adeundus quando non reperitur simile; nec curant an de facili possit adiri vel non, mihi videtur quod gl. melius dicat (segue-se o caso da interpretação consuetudinária) quando autem non fuit sic intellecta, tunc si de facili possit ad principem recurri, quia sit praesens, vel in loco propinquo, post positis omnibus sit ad ipsum recurrendum (...) alias sit procedendum de similibus ad similia, si potest: sed si non potest, nec apparet certa proprietas verborum, tunc sit recurrendum ad principem: *etiam si de facili non potest haberi, quandoque tamen concurrit communis opinio doctorum in unam sententiam ut in pluribus dubijs quae moventur in auth.* ex causa quae secundum Doc. requirerent decisionem imperialem: *sed quia hodie raro vel nunquam fiunt recurritur ad interpretationem magistralem, ut ibi not. sufficit.»* Aqui temos, pois, como se admite que em casos onde era necessária a decisão imperial — o que raramente ou nunca sucede — se recorre, agora, à interpretação magistral. Também, em Portugal, mais tarde, em comentário às *Ordenações Filipinas* se dirá que *«licet omnia de quibus mensionem habemus dificiant, pro decisione casus ad principem recurrere non erit necesse sed secundum communem iudicabitur»*. Veja-se Nuno J. Espinosa Gomes da Silva — *O direito subsidiário das Ordenações Filipinas num comentário de António Leitão Homem*, Coimbra, 1977, 196, (sep. da *Rev. de Dir. e Est. Sociais*, Ano XXIV).

Todavia, aparece, ainda, um § 3.º a suscitar uma questão, do ponto de vista teórico, muito interessante:

> *«Item. Depois desto achamos outra duvida. Se acontecesse caso, em o qual nõ fosse materia de pecado, o qual nom fosse determinado per Ley do Regno, nem per estillo da nossa Corte, nem per custume dos nossos Regnos, nem per Ley Imperial, e fosse determinado per Canones per huũ modo, e pelas grosas, e Doutores das Leyx per outro modo, se se guardará em tal caso o texto dos Canones, ou as grosas dos Doutores das Leys Imperiaaes; e a causa desta duvida he, porque as grosas e Doutores do Direito Civil se fundam per Leyx Imperiaaes, as quaaes allegam a provar sua teençom: em tal caso seja remetido aa nossa Corte, e guarde-se sobre ello a nossa determinaçom.»*

A hipótese é, pois, relativa a caso — que não é matéria de pecado — e que, não estando contemplado, nem no direito pátrio, nem no direito romano, é determinado pelo direito canónico, de um modo, e, de outro, *«pelas grosas, e Doutores das Leyx»;* nestas circunstâncias, nasce a dúvida de saber se se aplicará a fonte canónica ou a *Doctorum auctoritas*. Em princípio, talvez se pudesse dizer que a hipótese tinha solução no esquema já anteriormente traçado. Na verdade, o proémio do título IX manda que, na ausência do direito pátrio, o feito *«seja julgado, e findo pelas Leyx Imperiaaes, e pelos Santos Canones»*, limitando-se o § 1.º a estabelecer a norma a seguir, quando do conflito entre os ramos do *utrumque ius*. Parece, pois, que não havendo conflito, por só se pronunciar o direito romano ou só o direito

canónico, poder-se-ia, nos termos da remissão global do proémio, aplicar a norma — romana ou canónica — que estatuísse sobre o caso.

Todavia, uma possível reserva quanto à observância dos cânones no foro temporal, vai criar a dúvida, de que se faz menção no transcrito § 3.º. Qual a causa dessa dúvida, no dizer do legislador? Ela está em que «*as grosas, e Doutores do Direito Civil se fundam per Leyx Imperiaaes, as quaaes allegam a provar sua teençom*».

Este passo das *Ordenações* portuguesas remete-nos para o *modus arguendi* do jurista medieval. É sabido que existe *casus legis*, sempre que a *lex* contempla, directamente, o caso, em questão [1]. No entanto, há a ter presente que, ao invocar a *lex*, o intérprete pode fazê-lo *simpliciter* ou *in argumentum* [2]. Alega-se a *lex*, *simpliciter*, quando esta decide expressamente o caso: é a situação referida de *casus legis*. Alega-se a *lex in argumentum* quando «*lex allegata* (...) *non expresse decidit casum ad quem allegatur, sed induci vel adaptari potest per aliquem ex locis*» [3]. Nesta hipótese, não há qualquer *lex* que, directa e expressamente contemple o caso, mas há uma ou mais *leges* que, mediante o recurso aos *loci* — *locus a contrario sensu, locus a simili, locus a lege cessante, locus ab absurdis* ou outro — podem induzir-se ou adaptar-se à solução deste caso. A *virtus legum* — afirmam os autores — reside precisamente nessa possibilidade de adaptação[4].

[1] Vejam-se, por exemplo, as *Lecturae Cuiusdem Reliquiae Londinensis*, publicadas por Severino Caprioli in *Studi Senesi*, LXXV, fasc. 3, 1963, 235: «*Casus legis est, secundum chynum, ius scriptum in terminis de casu de quo queritur uel in terminis indifferentibus ad materiam de qua tractatur, ut in exemplo: scriptum est in lege: si marcus uendit fundum et tradit sicut dominus, transfert dominium. Nunc pone quod titius uel titia tradit sicut dominus: certe casus eciam in eis quod transferunt dominium, quia termini sunt indifferentes pennes tractatum illum de re uendenda.*»

[2] Focando este aspecto, L. Lombardi — *Saggio*, 105. Entre os clássicos do século XVI, veja-se, a título de exemplo, N. Everardo — *Loci Argumentorum*, Praeambula, Primum, fol. VII.

[3] N. Everardo — *Loci Argumentorum*, *loc. cit.*

[4] O ponto de partida era a l. *non solum* § *qui primipilum ff. de excusationibus tutorum* (D. 27.1.10.5 e 6): «*Qui primipilum explevit, si cum tutelam suscepisset unius filii, rursus in militares necessitates assumptus erit, deponet sollicitudinem tutelae. Smiliter et in locum illius tutoris, quem postea sibi collegam quis adduxerit, curator, ut ait constitutio Diui Severi: quam recte adaptans omnibus similibus capitulis, curatorem dari licet in locum eorum, qui temporis vacationem recipiunt.*» Baldo, comentando o passo diz: «(...) *In tex. ibi adaptans. No. quod virtus legum est in adaptatione legum de similibus ad similia, nec habes alibi melius.*» E, do mesmo modo, in l. *Athletis*, § *Ait pretor, ff. de his qui notantur infamia* (D. 3.2.24.), afirma: «(...) *tu ex ingenio tuo poteris adaptare ad plura alia quia virtus legum consistit in aptando eas* ut j. de execu. tut. 1. non solum § quia primipillum quod no. tene menti.»

Está-se, agora, em condições de compreender o processo argumentativo do jurista medieval e de entender os termos da *Ordenação* portuguesa. Se o caso está previsto na *lex*, se há *casus legis*, o jurista limitar-se-á a alegá-la *simpliciter* [1]. Não está o caso contemplado na *lex;* então, todo o esforço do jurista será o de, mediante o recurso a um *locus*, adaptar ao caso um outro qualquer texto do *Corpus*, invocando-o *in argumentum*. O que interessa salientar é que estando, ou não, o caso previsto, havendo, ou não, *casus legis*, citando a *lex simpliciter* ou *in argumentum*, o intérprete está, sempre, ancorado a um texto justinianeu. Como se lê em Everardo — «*Quod autem quis de iure verum esse dicit, id probare debet, quia erubescimus sine lege loqui (...) Neque enim vel in arguendo, vel in proponendo, vel soluendo creditur asserenti, nisi allegat textum expressum, vel inducat textum in argumentum per aliquem locorum* (...)» [2].

Assim, está patente a razão de ser das palavras do texto da Ordenação — «*e a causa desta duvida he, porque as grosas, e Doutores do Direito Civil se fundam per Leeyx Imperiaaes, as quaaes allegam a provar sua teençom.*» É que — como se procurou justificar — mesmo nos casos omissos, não havendo *casus legis*, os intérpretes fundam-se nas *leges*, alegando-as *in argumentum*.

De qualquer modo, também o monarca entendia chamar a si a decisão destes casos.

Terminada, pois, a análise do título IX do Livro II das *Ordenações Afonsinas*, podemos, agora, em resumo, fixar o quadro de fontes aí contido.

Assim, no julgamento das questões, devia recorrer-se, em primeiro lugar, às fontes de direito nacional, resultantes de *lei do reino, estilo da Corte* ou *costume antigamente usado*.

[1] A própria doutrina insistia em que, na hipótese de *casus legis*, não tinha cabimento a alegação da *lex in argumentum*. Veja-se o Panormitano, citando João André, in c. causamque, De offi. et potesta. iudi, de lega. n. 4: «*Ultimo scias, quod jo. an. hic dicit, quod glo. non caute loquitur, dum in prim. dicit hic esse argu. quod iudex potest recusari si est dominus impetrantis nam secundum eum est hic expressum: et sic non debet dici arg. simile no. in c. j. de pac. et ex hoc no. formosum modum inducendi iura ut ubi casus non est clarus, inducatur tex. in argumen. Sed ubi tex. est expressus debet simpliciter allegari tex.* (...)» Também no referido *c.j. de pactis* diz: «*Sed dubitatur circa intellectum huius c. utrum ex nudo pacto oriatur actio, id est, ius agendi in iudicio. Gl. prope fi. colligit ex tex. argu. quod sic. Jo. and. dicit quod melius glos. diceret et ita probatur hic quasi sentiat Jo. and. quod hic est casus expressus quod detur actio: nam tunc debet allegari tex. in argu. quando id ad quod allegatur aperte non probatur ex tex. sed subtiliter text. inducendo, nam dicitur arg. quasi argute, et subtiliter inuentum (...)*».

[2] N. Everardo — *Loci argumentorum*, Praeambula, tertio.

Não havendo fontes de direito nacional aplicáveis, recorrer-se-ia, então, ao *direito subsidiário*, pela seguinte ordem:

— *direito romano, em matéria temporal*, excepto quando em contrariedade com o direito canónico, a sua observância fizesse incorrer em pecado;
— *direito canónico, em matéria espiritual e também na temporal em matéria de pecado*, ou quando o direito romano não contemplasse o caso (mas, nesta hipótese, estando em conflito com glosadores e comentadores, a decisão caberia ao rei);
— *Glosa de Acúrsio*, quando não houvesse norma aplicável de direito romano ou canónico;
— *opinião de Bártolo*, quando o direito romano, o direito canónico e a Glosa de Acúrsio se não pronunciassem sobre o caso;
— *resolução do rei*, na falta de qualquer das anteriores fontes.

4. *Ordenações Manuelinas* [1]. Tinham as Ordenações Afonsinas solucionado a urgente necessidade de sistematização que o direito português requeria; ficara, no entanto, por resolver o modo de assegurar o seu efectivo conhecimento e vigência em todo o país. Os cinco volumes que as compunham tornavam bem demorada e onerosa a sua cópia, óbices que impediam a sua difusão pelo reino; o escasso número de manuscritos que até nós chegou é, aliás, disso prova complementar. Talvez para remediar esse inconveniente, parece que D. João II encarregou o licenciado Lourenço da Fonseca — que fora corregedor da Corte — de abreviar as *Ordenações Afonsinas* num só livro, num compromisso. De acordo com algumas fontes, tardias — do século XVII — teria Lourenço da Fonseca realizado o cometido encargo [2]. Julgamos aliás, que esse abreviamento deve ter consistido na elaboração de um *repertório* ou *índice alfabético* [3]. Mas nada chegou aos nossos dias.

Vai ser no reinado de D. Manuel que, de novo, se encarará o problema de divulgação das Ordenações pelo Reino [4]. Mas, agora, a solução encontra-se facilitada pela descoberta da imprensa, que, em Portugal, segundo parece, fizera a sua aparição em 1487.

Logo dez anos depois, em 1497, o Bispo do Porto, D. Diogo de Sousa, dela se aproveitara, fazendo imprimir as *Constituições do Bispo do Porto*, e o próprio D. Manuel, em carta régia de 20 de Fevereiro de 1508, privilegiando Jacob Cromberger, salientará — «quam necessária é a nobre arte da impressam (...) pera o bom governo, *porque com mais facilidade e menos despesa, os ministros da Justiça possam usar de nossas leis e ordenações e os sacerdotes possam administrar os sacramentos da madre santa igreja*».

Entretanto, em 1504, saíra o *Regimento dos Oficiais das Cidades, Vilas e Lugares destes Reinos* que parece ser o «primeiro ensaio de utilização da imprensa em Portugal para publicação e divulgação das leis gerais do reino» [1].

Impunha-se, agora, a tarefa de pôr em letra de forma as Ordenações. Todavia, como mais de cinquenta anos tinham decorrido sobre a compilação afonsina, tornava-se necessário um trabalho de revisão e actualização do seu texto, tendo em atenção a legislação extravagante publicada. Por isso, em 1505, foi encarregado da reforma das *Ordenações*, o Chanceler-Mor Rui Boto, que terá sido auxiliado por Rui da Grã e João Cotrim [2]. Não sabemos quando terminou a obra de revisão. Sabemos, sim, que em Dezembro de 1512 saíu o *Livro I* das novas *Ordenações*, crismadas, depois, de *Manuelinas*, e, em Novembro de 1513, o Livro II [3]; posteriormente, de Março a Dezembro de 1514, fez-se uma impressão completa dos cinco livros das *Ordenações Manuelinas*.

Discute-se muito sobre se, antes desta edição de 1514, houve uma edição completa (de que não teriam chegado aos nossos dias os Livros III, IV e V) ou se saíram em 1512-1513, simplesmente, os conhecidos Livros I e II. Não se pode, aqui, debater o problema, cuja análise pressupõe a exegese de variados textos, que ultrapassaria o âmbito que nos propusemos. É opinião, hoje dominante, a de que,

[1] Daqui em diante, é fundamental a consulta de J. M. Scholz — *Legislação e Jurisprudência em Portugal nos sécs. XVI a XVIII — Fontes e Literatura*, Braga, 1976 (sep. de *Scientia Iuridica*, tomo XXV).

[2] Pascoal de Melo Freire — *Historia Iuris Civilis Lusitani*, § LXXII, onde se indicam as fontes seiscentistas da informação; também, as observações de Marcello Caetano — *Prefácio*, 16.

[3] Veja-se o nosso *Sobre o Abreviamento dos Cinco Livros das Ordenações ao Tempo de D. João II*, Lisboa, 1981 (separata do *Bol. do Min. da Just.*, n.º 309).

[4] Para a actividade legislativa de D. Manuel, veja-se o *Prefácio* de Marcello Caetano à edição do citado *Regimento*.

[1] Marcello Caetano — *Prefácio*, 31.

[2] São estes dados colhidos em Damião de Goes, Jerónimo Osório e numa carta régia de 9 de Fevereiro de 1506 (cfr. Prefação da edição das *Ordenações Manuelinas*, de 1797, que faz parte da já citada *Colecção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal*).

[3] Só se conhecem, hoje, dois exemplares de cada um destes Livros. Um conjunto acha-se na Biblioteca do Palácio de Vila Viçosa; o outro, na Biblioteca do Banco de Portugal.

antes de 1514, saíram, apenas, os Livros I e II das Ordenações[1]; todavia, as razões em que se apoia — e que parecem não convencer plenamente Marcello Caetano[2] — também nos não convencem. Pela nossa parte, temos, como hipótese de trabalho, a de que, antes da de 1514, houve uma outra edição completa, mas que ambas constituem impressão de um mesmo texto, confiado a dois diferentes impressores[3].

No prólogo das novas Ordenações, o monarca, justificando a compilação, apontava «*a confusão e repugnância de algumas ordenações por Reis nossos antecessores feitas, assi das que estavam encorporadas como das extravagantes, donde recresciam aos julgadores muitas dúvidas e debates, e às partes seguia grande perda*».

Para remediar esses inconvenientes, determinara «*reformar estas ordenações e fazer nova compilação, tirando todo o sobejo e superfluo, e adendo no minguado, suprimindo os defeitos, concordando as contrariedades, declarando o escuro e dificil de maneira que assim dos letrados como de todos se possa bem e perfeitamente entender*».

No entanto, ainda em vida de D. Manuel, publicar-se-á nova edição das *Ordenações*. A promulgação de legislação extravagante em que avultam, pela sua importância, o *Regimento dos Contadores das Comarcas* (1514) e o *Regimento e Ordenações da Fazenda* (1516), levou à reforma definitiva das *Ordenações Manuelinas*, que data de 1521; nesta reforma terão trabalhado Rui Boto, Rui da Grã[4], Cristóvão

1 Tito de Noronha — *Ordenações do Reino*, Porto, 1873, 22-24; P. Merêa — *Lições* (1925), 137; A. Cortez Pinto — *Da Famosa Arte da Imprimissão*, Lisboa, 1948, 49-53; Braga da Cruz — *Lições*, 389-390; Almeida Costa — *Ordenações*, 208. No entanto, Braga da Cruz — *O direito subsidiário*, 234, VIII, nota (59) defendeu, recentemente, a existência de uma edição completa, anterior a 1514, e *diferente* desta, opinião a que aderem R. e M. de Albuquerque — *História*, vol. II, 53.

2 Marcello Caetano — *Prefácio*, 38.

3 Nuno J. Espinosa Gomes da Silva — *Algumas notas sobre a edição das Ordenações de 1512-1513* in *Scientia Iuridica*, Tomo XXVI, n.os 148-149, Setembro-Dezembro, Braga, 1977, 575-593.

4 Na citada *prefação* de 1797, conjectura-se a colaboração de Rui Boto e Rui da Grã, sem qualquer prova. No testamento de D. Manuel, de 7 de Abril de 1517, quando se faz referência aos trabalhos de revisão das Ordenações, então em curso, não se mencionam os nomes dos encarregados dessa tarefa. Mas num traslado que se encontra junto ao testamento e que, relativamente ao original, acusa variantes, lê-se — «Iteem me parece que seera muyto serviço de Nosso Senhor e descareguo da conciencia de quuem governar estes reynos e de queem os tever acabarem se de correger os foraaes na maneira que teenho mandado. *E iso mesmo as hordenaçõees das quaaes cousas ambas teenho dado o cuidado e careguo ao chanceler-moor e Ruy da Graam* (...)». Cfr. *As Gavetas da Torre do Tombo*, vol. VI, Lisboa, 1967, 141.

Esteves[1], João de Faria[2] e, talvez João Cotrim e Pedro Jorge[3].

Ficou, porém, D. Manuel com o receio de que a proximidade de edições das *Ordenações* pudesse provocar confusão e daí que, por Carta de 15 de Março de 1521, determinasse «*que dentro de tres meses qualquer pessoa que tever as hordenações da impressam velha a rompa e desfaça de maneira que nam se possa ler sob pena de pagar qualquer pessoa a quẽ forem achadas passado o dito tempo e as tever, cem cruzados (...) e mais ser degredado por dous ãnos para além*»[4]; mandava-se, ainda, que, dentro do mesmo prazo de três meses, adquirissem os concelhos as novas Ordenações.

No que diz respeito ao sistema, é ele — como houve já ocasião de apontar — o mesmo das *Ordenações Afonsinas:* encontram-se divididas em cinco livros, estes, em títulos, e os títulos em parágrafos. A matéria versada nos livros continua agrupada nos moldes anteriores. Como alteração importante a registar, está a de que a desenvolvida legislação relativa aos judeus desapareceu, em virtude da expulsão do Reino, em 1496; do mesmo modo, — na edição de 1521 — desapareceram as normas relativas à fazenda real, que passaram a formar as autónomas *Ordenações da Fazenda.*

1 Veja-se o doc. indicado a pág. XVIII da prefação de 1797, e, também, o texto da carta de 4 de Março de 1534 *(Chancel. de D. João III*, Liv. 20, fl. 38) pela qual se fez Doutor em Leis a Cristóvão Esteves e se diz que D. Manuel «o encarregara da segunda copylaçom das ordenações que mandara fazer, *e elle fora um dos quatro desembargadores a que a dita copylaçon fora cometida*». Veja-se, ainda, a referência a Cristóvão Esteves in *Memorial* de Duarte Nunes do Leão, dirigido a Cristóvão de Moura (O Memorial foi publicado, como apêndice, à *Origem da Língua Portuguesa*, na edição prefaciada por José Pedro Machado, Lisboa, 1945, 353 e segs.).

2 Além da presunção — de valor relativo — que deriva do facto de João de Faria ter sido um dos quatro desembargadores cuja assinatura foi honrada com o poder de autenticar os Livros das Ordenações, há a ponderar a afirmação de Duarte Nunes do Leão *(Memorial, cit.)* de que «pola capitulação das Ordenações El Rey D. Manuel, que está em glória fez *a tres Dezembargadores que nella forão sucessivamente chanceleres Mores e lhe deu munto do seu* (...)». Ora, sucessivamente, foram chanceleres Rui Boto, Rui da Grã e João de Faria. Note-se, todavia, que João de Faria foi feito chanceler por D. João III, e não por D. Manuel, e que não deixa de ser estranhável o facto de, na sua carta de nomeação, entre os serviços prestados, se não indicar o da colaboração na revisão das Ordenações Manuelinas. (Cfr. *Relações de Pero de Alcáçova Carneiro*, publicadas por E. de Campos de Andrada, Lisboa, 1937, 227-228).

3 Nesse sentido, deporá o facto de serem estes dois desembargadores que, com João de Faria e Cristóvão Esteves, possuíam o aludido poder de autenticar as Ordenações e, também, uma possível interpretação dos termos da carta de doutoramento de Cristóvão Esteves, quando mencionam os «*quatro desembargadores*».

4 É a existência desta medida que explica a raridade das *Ordenações* anteriores a 1521.

Houve, também, alterações quanto ao estilo de redacção utilizado. Ao contrário das *Afonsinas*, não constituem as *Ordenações Manuelinas* uma mera compilação de leis anteriores, transcritas, na sua maior parte, com o teor original e indicação do monarca que as promulgara. De um modo geral, todas as leis são redigidas em estilo *decretório*, como se de leis novas se tratasse, embora, muitas vezes, seja, apenas, nova forma de lei já vigente.

5. *Direito subsidiário nas Ordenações Manuelinas.* Encontra-se, agora, *o direito subsidiário* [1] tratado no título V do Livro II, sob a epígrafe, mais correcta, de — «*Como se julgaram os casos, que nom forem determinados por Nossas Ordenaçoens*».

Pode dizer-se que o sistema de hierarquia de fontes, gizado nas *Ordenações Afonsinas*, não vai sofrer grandes alterações. Continua a afirmar-se a primazia das fontes nacionais — *lei, estilo da Corte* e *costume* — esclarecendo-se que, por *costume*, se entende quer o *geral*, quer o *local*, desde que tenha os requisitos exigidos pelo *direito comum* («*custume em os ditos Reynos, ou cada hũa parte delles longuamente usado, e tal que por Direito se deua guardar*»). Na falta de direito pátrio, manda-se observar, em matéria de pecado, o *direito canónico* e, em matéria que não seja de pecado, o *direito romano*, as leis imperiais», «*posto que os Sacros Canones determinem o contrairo*».

Há, aqui, no entanto, um aspecto importante a realçar. É que, diferentemente do que sucedia nas *Ordenações Afonsinas*, entendem dever dar as *Ordenações Manuelinas* uma justificação acerca da vigência do direito romano, como norma subsidiária; na verdade, a partir da edição definitiva de 1521, diz-se, expressamente — «*as quaes lex imperiaes mandamos somente guardar pola boa razam em que sam fundadas*».

Deste modo, a um tempo, reafirma-se a ideia de que a vigência das leis imperiais, entre nós, se não deve a qualquer vínculo que una o reino de Portugal ao Império, e, pela primeira vez, se aduz uma explicação da sua observância — «*pola boa razam em que sam fundadas*».

Como, também, dirá o Doutor Manuel da Costa, professor em Coimbra nos meados do século XVI, — «*plane in Hispaniae Regnis leges Imperatorum non servantur, nisi quatenus ratione nituntur; quod earum*

[1] Veja-se Braga da Cruz — *O direito subsidiário*, 236 e segs. e também, o nosso *O Direito subsidiário num Comentário às Ordenações Manuelinas*, *cit.*

legum justa ratio nobis imperet, non imperium» [1]. Há um esboço de trocadilho: nos reinos hispânicos impera a *justa ratio* das leis romanas, e não o *Imperium*. Aliás, já em tempo anterior, especialmente em França, onde, frente às pretensões do Império, se fazia sentir a necessidade de justificação teórica da vigência das leis romanas, criara a doutrina, a fórmula de que essas leis se aplicavam «*imperio rationis*» e não «*ratione imperii*». O direito romano era a *ratio scripta* [2].

Na realidade, desaparecido o sonho de uma «*Respublica Christiana*», abarcando toda a Europa, e em que o direito romano seria a norma vigente *in temporalibus*, surge o problema de explicar o motivo por que os vários Estados europeus — não obstante a proclamada *exemptio imperii* — obedecem, afinal, ao texto justinianeu: o motivo encontrado vai ser o de que as leis romanas se aplicam, não porque leis do Império, mas porque fundadas na razão.

Pode, no entanto, desconfiar-se da bondade intrínseca da justificação, já que ela é, por assim dizer, forçada. Com efeito, trata-se, não de orientar prática futura, mas sim «de justificar o facto consumado que é a recepção e observância do direito romano, e a legitimação desse estado de coisas é feita através de uma posterior ratificação que, para honra da casa, se diz residir na boa razão das normas recebidas» [3].

Um outro aspecto a salientar no esquema do direito subsidiário, contido nas *Ordenações Manuelinas*, é o que respeita à posição tomada quanto à *glosa de Acúrsio* e à *opinião de Bártolo*.

Diz-se, agora, no § 1 do título V do Livro II, que «se o caso de que se trauta em pratica nom for determinado por Ley do Reyno, ou Estilo, ou Custume suso dito, ou Leys Imperiaes, ou Santos Canones, *entam Mandamos que se guardem as grosas de Acúrsio encorporadas*

[1] Manuel da Costa — *Commentaria in L. Cum Tale § Si Arbitratu, De Condit. et Demonstr.* cap. último, § 36 (*In Nonnullas Leges et Paragraphos Commentarii*, Lião, 1564, 293). Cfr. Paulo Merêa — *Direito Romano, Direito Comum e Boa Razão*, in *B.F.D.C.*, vol. XVI, Coimbra, 1940, 539 e segs. Adiante, indicar-se-ão as especiais consequências que Manuel da Costa tirava desta premissa.

[2] Veja-se, por último, Alejandro Guzmán — «*Razón Escrita*» separata da *Rev. de Estudios Historico-Juridicos da Escuela de Derecho de la Universidad Catolica de Valparaiso*, Valparaiso, IV, 1979 e, depois, com desenvolvimento, *Ratio Scripta*, Francoforte, 1981, separata de *Ius Commune*, 14.

[3] Veja-se o nosso *Humanismo e Direito em Portugal no Século XVI*, Lisboa, 1964, 57.

nas ditas Leys quando por comum opiniam dos Doutores nom forem reprouadas, e quando por as ditas grosas o caso nom for determinado, *Mandamos que se guarde a opiniam de Bartolo, nom embarguante que alguũs Doutores teuessem o contrario; saluo se a comum opiniam dos Doutores, que depois delle escreueram, for contraira*, porque a sua opiniam comunmente he mais conforme a razam».

Formalmente, o respeito por Acúrsio e Bártolo continua a ser grande; no entanto, a sua autoridade aparece, agora, tutelada pela *comum opiniam dos Doutores*, isto é, pela interpretação que recolhe o consenso da doutrina[1]. Com efeito, se as opiniões de Acúrsio e Bártolo só valem quando não reprovadas pela *communis opinio*, evidente é que o acento tónico passa a recair nesta última. É já outro o centro de gravidade. Na escala das fontes de direito subsidiário passa a ter primazia a *comum opiniam dos Doutores:* o facto de esta afirmar ou reprovar Acúrsio ou Bártolo é mero acidente de referência. Assim, na falta de direito nacional, romano ou canónico, será de recorrer à *communis opinio*, e, só na falta desta, se recorrerá, em primeiro lugar, à Glosa de Acúrsio e, em seguida, à opinião de Bártolo[2]. Esta a interpretação que vingou. Mas note-se que, em rigor, a letra do texto da Ordenação não dizia tanto. A lei declara que Acúrsio e Bártolo só valem se não forem contrariados pela *communis opinio*, mas não afirma que, em tal caso, será de seguir a comum opinião: o texto diz que a *communis opinio* tem força para impedir a aplicação de Acúrsio ou Bártolo, mas não diz — ao menos expressamente — que os pode substituir. Por isso, outra interpretação foi defendida, entendendo-se que, na hipótese de a *communis opinio* contrariar Acúrsio ou Bártolo, não ficava o juíz vinculado à comum,

[1] Mas note-se que Bártolo só é vencido pela *comum opinião* dos *modernos*, dos que «*depois delle escreveram*». A comum opinião dos *antigos* não o vence: Bártolo é, ainda, o melhor dos *antigos*. Há, aqui, um afloramento da clássica querela de *antigos e modernos*. (Em geral, por todos, veja-se J. A. Maravall — *Antiguos y modernos*, Madrid, 1966). Mais adiante trataremos, com desenvolvimento, do problema da «*communis opinio*» e das divergências doutrinais existentes.

[2] *Comentário ao Livro 2.º das Orde. Manuelinas, cit.* n.º 16: «*Deficientibus his omnibus recurrendum est ad communem opinionem Doctorum*, ut hic disponitur § 1.º(...) *quia facilius inuenitur quod a pluribus quaeritur* (...)»; n.º 17: «*Cessante communi opinione recurrendum est ad authoritatem Acursij et glosae ista est nobis melior authoritas quae potest haberi in iure ciuili* (...)»; n.º 19: «*Post authoritatem Acursij confugiendum est ad opinionem Bartoli quae communiter ratione nititur ut hic dicitur, nam in contrarietate doctorum adhaerendum est opinioni Bartoli* (...)». Veja-se o nosso *O Direito Subsidiário, cit.*

ficando, sim, livre de adoptar qualquer solução. Essa foi, nomeadamente, a posição de Luis de Molina[1], mas que se não impôs.

Enfim, tal como nas Ordenações Afonsinas, quando nenhuma das mencionadas fontes se pronunciasse sobre o caso, ou quando, em matéria que não fosse de pecado e não havendo norma aplicável de direito romano, existisse contrariedade entre o direito canónico e «*as Grosas, e Doutores das Leys*», seria o assunto remetido à decisão do rei[2].

Um outro aspecto importante se deve, ainda, referir. No livro V, tit. LVIII, prevê-se a aplicação de certas penas aos juízes que não observarem as Ordenações e determina-se que, havendo dúvidas na interpretação da lei, deveriam elas ser apresentadas ao Regedor da Casa da Suplicação a fim de, em conjunto com os desembargadores, se fixar a interpretação. Daqui derivam os chamados *assentos da Casa da Suplicação* de que, adiante, se tratará, e que, assim, visavam a *uniformização judicial*[3].

6. *A reforma dos forais*[4]. Também no campo do direito foraleiro se impunha uma reforma. Por um lado, com o correr dos tempos, tinham sido promulgadas muitas leis gerais, que haviam revogado grande parte do conteúdo dos velhos forais. Por outro lado, a parte dos forais, não revogada, estava, em absoluto, desactualizada, já, porque, no respeitante a prestações e isenções tributárias, se tornava difícil a sua aplicação, em virtude de datarem de há alguns séculos e se concretizarem em pesos, medidas e moedas fora de uso, já porque as

[1] Luís de Molina — *De Justitia et Jure, Opera Omnia*, Colonia Allobrogum, 1733, Tomo II, Tractatus II, Disput. CCXVI, n.º 28, 506: «Nec vero probandum est, quod Alvar. Valasc. *consul.* 69 *num.* 7. ait, nempe contrariam sententiam servandam esse in hoc Lusitaniae Regno: quia magis communis, iuxta Ordinationes *lib. 2. tit. 5. Etenim in eo titulo non praecipitur ut stetur communioribus opinionibus, sed ut quando non fuerit lex in contrarium, stetur glossis Accursii, nisi fuerit communis opinio in contrarium, et ut, si glossa Accursii defuerit, stetur opinionibus Bartoli, nisi fuerit similiter communis opinio in contrarium: at neque in his duobus eventibus praecipitur, ut stetur communibus opinionibus, sed solum relinquitur liberum, ut non judicetur juxta gloss. Accursii, aut juxta opinionem Bartoli*». Cfr. o nosso *O direito subsidiário das Ordenações Filipinas*, 197.

[2] *O.M.*, Liv. II, tit., V, §§ 2 e 3. Sobre as dúvidas quanto à interpretação de *Grosas, e Doutores das Leys*, veja-se o nosso *O direito subsidiário das Ordenações Filipinas*, 193-194.

[3] Sobre o papel histórico dos *tribunais supremos*, veja-se Adriano Cavanna — *Storia del diritto moderno*, 156 e segs.

[4] Nesta matéria, vejam-se João Pedro Ribeiro — *Dissertação histórica, jurídica e económica sobre a reforma dos forais no reinado do Sr. D. Manuel*, e Marcello Caetano, *Prefácio*, 16 e segs., cuja lição seguimos no texto. Do mesmo Autor, veja-se, ainda, *Os Forais de Évora*, 11 e seguintes.

constantes depreciações da moeda, e a legislação de expediente criada para actualizar o valor das prestações, gerara explicável confusão.

Assim, nas Cortes começadas em Coimbra, em 1472 e terminadas em Évora, no ano seguinte, dizem os representantes dos concelhos que «*os Foraes de cada Luguar per onde se mais rege e governa voso Reino, estes são oje em dia, e asy todos, ou moor parte falseficados, antrelinhados, rotos, não autorisados, e os tirão do seu próprio entender, nem são interpricados a uso, e costume d'ora, nem são conforme a alguns artigos, e Ordenações vosas* (...)»; acrescentavam, ainda, que «*muitos erros, e per muitas maneiras errão nesses Foraes, são mostrados outros trelados falseficados, e os que taaes de mercê de vos hão mandam-nas tirar, como querem, e honde ha não haja, fazem de novo*».

Em conclusão, pedem ao monarca que examine e extirpe «*as bulrras e enganos de taes Foraees*», mandando recolher à Corte «*todos os Foraees de vosso Reino, que huum não fique, posto que diguão os de algum Luguar, que não se aggravão, ou não querem sobre ello requerer*».

Nas Cortes começadas em Évora, em 1481, e terminadas em Viana do Alentejo, em 1482 — Cortes reunidas logo no início do reinado de D. João II — pedem, de novo, os concelhos «*que mandees a estes allcaides moores que a hũu certo tempo que lhe per vosa alteza for asiinado tragam todos seus foraees e lhes seiam declarados e emmendados e dados novamente per esta moeda ora coremte damdo o trellado delles nas camaras das cidades e vilas pera se saber como elles husam* (...)» [1].

D. João II, em resposta, declarou que já determinara o envio de todos os forais à Corte. Na verdade, na Carta régia de 15 de Dezembro de 1481, ordenara que, de Janeiro a Outubro de 1483, fossem remetidos todos os forais do Reino; os que o não fossem, deixariam de ter validade. Não teve, no entanto, continuidade a obra de reforma dos forais, ao tempo de D. João II.

Por isso, subindo D. Manuel ao trono, pedem os povos nas Cortes de Montemor-o-Novo a reforma dos forais «por ser coussa, em que geeralmente recebiam grandes opressoins, e descordias antre elles, e nossos Officiais ou as pessoas, que de nos tinham os Direitos Reaes,

[1] Visconde de Santarém — *Alguns documentos para servirem de Provas à Parte 2.ª das Memórias para a História e Teoria das Cortes Gerais*, Lisboa, 1828, 156. E, noutro capítulo das mesmas Cortes, relativo a portagens (pág. 209), pedem, também, que se façam «*foraees nouos muy bem decrarados pella moeda dagora dos quaes os trelados seiam postos na camara das cidades villas e lugares pera se poder ver qualquer duuida ou agrauo que sobreuier accerqua dos ditos foraaes que acomtece se fallseficarem* (...)».

assi por serem alguuns em Latim, e outros em desacostumada linguagem (...)». Vai D. Manuel dar satisfação às insistências dos povos. Em 1497, nomeia uma comissão composta pelo chanceler-mor Rui Boto, pelo Dr. João Façanha e por Fernão de Pina, ordenando que «*todos os ditos foraes sejam entregues e enviados se ainda* (...) *alguns são por enviar* (...)». Também Rui da Grã terá trabalhado na reforma [1].

Para facilitar essa empresa, sai, no ano de 1502, a *Ordenação e Regimento dos pesos*, procurando a uniformização dos pesos no Reino; em 1502, terá sido, ainda, elaborado o *Regimento dos Oficiais das Cidades, Vilas e Lugares destes Reinos*, impresso, como já se disse, em 1504; enfim, em 1520, terminou a obra de reforma dos forais. Estes forais reformados por D. Manuel, chamados forais *novos* [2] ou *manuelinos*, e que deixaram de conter normas respeitantes à administração, ao direito e processo civil e penal — matérias estas, agora versadas na legislação geral — passam, assim, a regular apenas residualmente, os encargos e prestações devidos pelos concelhos ao rei ou aos senhores [3].

7. *Colecção de Leis Extravagantes de Duarte Nunes do Leão.* Por *leis extravagantes* designam-se, de acordo com a própria etimologia da expressão, aquelas leis que, ocupando-se de matéria que foi objecto de compilação ou codificação oficial, não vêm a ser aí incorporadas, ficando a vigorar «por fora». Aliás — e relativamente ao direito canónico — já atrás se falou das *Extravagantes de João XXII* e das *Extravagantes Comuns*.

Deste modo, após uma fase de codificação segue-se, quase sempre, uma fase de produção de legislação extravagante. Ora, essa legislação extravagante que se segue à codificação, à medida que o tempo decorre, dadas as proporções que assume, faz surgir o problema da sua própria compilação.

Se não conhecemos qualquer compilação que tivesse aparecido entre as Ordenações *Afonsinas* e *Manuelinas*, o mesmo se não pode dizer quanto ao período que medeia entre estas e as *Filipinas*.

Efectivamente, durante a menoridade de D. Sebastião e sendo regente o Cardeal D. Henrique, ponderou-se que «*depois da copilação dos cinquo liuros das ordenações* (...) *se fizerão muitas leis e ordenações, e se determinarão algumas cousas com muita consideração* (...) assi em

[1] Veja-se o traslado do testamento de D. Manuel, citado na nota (4), a pág. 208.

[2] Os anteriores são denominados *velhos* e os (poucos) concedidos posteriormente a esta reforma são chamados *novíssimos*.

[3] Cfr. Marcello Caetano — *Lições* (1962), 264. Os forais *novos* foram publicados por Luís F. Carvalho Dias.

casos que novamente se proveerão, que pelas ditas ordenações não eram providos, como em outros em que se declararão as ditas ordenações, e se revogarão em partes. E que assi mesmo havia muitas determinações da relação da Casa da Suplicação, que pello tempo se moverão sobre o entendimento de algumas das ditas ordenações»[1].

Aponta-se, assim, a existência de numerosas leis, umas em matéria nova, outras esclarecendo ou derrogando normas anteriores; além disso, com valor de interpretação autêntica, haviam saído muitas determinações da Casa da Suplicação. Acontece que «*por as ditas leis, ordenações e determinações serem feitas em diversos tempos, e não estarem reduzidas em certo volume, não podião vir a noticia de todos; o que era causa de haver muitas duvidas e se seguião disso muitos inconvenientes*».

Havia, pois, um estado de confusão provocado pela abundância de leis extravagantes, não compiladas. Em vista a pôr termo a esse estado de coisas, encarregou-se um jurista, o licenciado Duarte Nunes do Leão, procurador da Casa de Suplicação «*que ajuntasse todas as ditas extravagantes e determinações que ao presente estavão em uso e se praticavam e fizesse hum relatório da substância de cada uma das ditas leis, ordenações e determinações, per titulos e em tal ordem, que na relação de cada uma se compreendesse tudo o que se continha na original*».

Para se desempenhar do encargo, compilou Duarte Nunes as leis que se encontravam nas Casas da Suplicação e do Cível, na Chancelaria-mor e ainda outras que se encontravam nos livros da fazenda, dos contos do reino, concelho de Lisboa e da Torre do Tombo, além de algumas que tinham sido impressas, e de capítulos de Cortes.

Uma vez terminado o trabalho, foi ele revisto pelo Regedor da Casa da Suplicação, Lourenço da Silva, e por outros letrados do Conselho e Desembargo do Rei, após o que foi aprovado por *alvará* de 14 de Fevereiro de 1569.

Pode dizer-se serem duas as principais características da obra de Duarte Nunes do Leão. A primeira, é a de que nesta compilação — ao contrário do que é normal — se não copia integralmente (*de verbo a verbo*, como então se dizia) o texto das leis, fazendo-se, sim, um seu resumo, a sua síntese, um *relatório da substância*, na expressão do alvará há pouco citado. A segunda caraterística é a de que, embora fruto da actividade de um particular, é esta uma compilação oficial,

[1] *Leis Extravagantes collegidas e relatadas pelo Licenciado Duarte Nunez do Liam* (...), Lisboa, 1569, Alvará de aprovação. Os passos a seguir citados pertencem ao mesmo Alvará.

tem o valor da fonte de direito, valor que lhe é dado pelo alvará de 1569, em que se estabelece «*que a todas as ditas extrauagantes e determinações scriptas no dito liuro, se dee aquella fee e credito, e tenhão a mesma authoridade que teem as proprias leis, determinações, e prouisões originais a que se referem, como se de verbo a verbo fossem scriptas no dito liuro: per quanto se achou que na relação que nelle se faz das ditas leis e determinações, não faltaua cousa alguma do que toca aa decisam e substancia dellas*».

Fazem-se, ainda, nesta época mais duas compilações de leis — a de Francisco Correia e a de António Ribeiro — estas, inteiramente particulares. Na última, aliás, encontram-se dois diplomas de muito interesse: o *Regimento da Relação do Porto* e a *Reformação da Justiça*.

8. *A nova valoração do direito romano no século XVI. O Humanismo*[1]. No início do século XVII irão surgir as *Ordenações Filipinas*. Parece oportuno, no entanto, examinar, antes, a polémica que na centúria quinhentista, por obra do *Humanismo*, se estabelece, tendo como objecto o direito romano.

Vimos, já, que nos tempos medievais, o direito justinianeu, a par de ser o direito do Império, fora também a *lex approbata* pela Igreja *in temporalibus*.

Nesta altura, o direito romano é o direito dos súbditos do Império, e tende a ser, em geral, o direito dos cristãos, em matéria temporal. Sabemos, também, que a ideia de uma «*Respublica Christiana*» irá, a pouco e pouco, desaparecendo e, com ela, a concepção de vigência do direito romano, como «lex approbata»; é, então, que a justificação dessa vigência vai ser apoiada na presunção de racionalidade das normas justinianeias; as leis romanas aplicam-se — no dizer do texto manuelino — «*pola boa razam em que sam fundadas*».

Interessa recordar este facto. Mas interessa, ainda, aludir, uma vez mais, a outro facto, o da milenária distância que existia entre o surgir da norma romana e a sua aplicação à Europa de Quinhentos, e que fazia com que a interpretação fosse assumindo uma função criadora.

[1] Nesta matéria, pode consultar-se o nosso *Humanismo* e bibliografia aí indicada; veja-se, Hans Erich Troje — *Die europäische Rechtsliteratur unter dem Einfluss des Humanismus* in *Ius Commune*, III, Francoforte, 1973, 33 e segs. e Vincenzo Piano Mortari — *Diritto, Logica, Metodo nel Secolo XVI*, Nápoles, 1978, e bibliografia indicada na nota (12), 121. Entre nós, veja-se, agora, António M. Hespanha — *História*, 484 e segs. e 503 e segs.

Procurava-se encontrar uma relativa certeza nessa interpretação criadora, graças à *communis opinio* que, qual vontade dominante de imaginária assembleia de jurisconsultos, situada entre o texto e a sua aplicação, reflectiria a interpretação julgada mais adequada aos tempos modernos. Porém, nem sempre era fácil apurar a *communis opinio*, e não se pode esquecer que, criadora que fosse, se encontrava a doutrina ligada ao texto romano por amarras que nem sempre podia cortar.

Assim, pouco depois da metade do século XVI, o nosso Jorge Ferreira de Vasconcellos, falando dos juristas do seu tempo, dirá «*que'estes pera maior parte carecem de juizo natural, e letras, sem elle sam piores que lepra; por onde ficam paraliticos porque querem medir pelas leis de Justiniano, que ha mil e tantos anos que foi, os costumes d'agora e nam entendem como o tempo faz tudo da sua cor*» [1].

Haverá, aqui, uma certa deformação. A «paralisia» dos juristas não era querida, mas sim o resultado da vigência do direito romano: o jurista — enquanto intérprete — é, em todos os tempos, mais ou menos «paralítico» dos textos legais. Note-se, no entanto, que como intérpretes criadores que estavam sendo, se não podia dizer que os juristas quinhentistas «medissem» como os romanos. Uma coisa, porém, era certa: o «metro», esse, era, justinianeu.

Resumindo os factos acabados de indicar, pode concluir-se, em primeiro lugar, que o *porquê* da vigência do direito romano se encontrava na presunção da sua racionalidade; em segundo lugar, que existe consciência de que o direito romano «medieval» ensinado e praticado, não é o direito romano «justinianeu». Estes factos originam uma dupla tensão — entre *direito romano* e *razão*, e entre *duas experiências do direito romano* — que vai abrir caminho a duas concepções de apreciação do direito imperial, uma, *racionalista* e outra, *historicista*.

Vejamos a primeira. Como já se teve ocasião de apontar, a invocação da racionalidade do direito romano, constitui justificação forçada, e *a posteriori*, da vigência das normas justinianeias nos independentes Estados europeus.

Partindo de um dado — recepção, em bloco, do direito romano — a explicação desse facto era fundamentada na *boa razão* das leis imperiais. Vai, no entanto, mudar o esquema de relações entre direito romano e razão. Efectivamente, se se diz que as lei romanas apenas se observam «*pola boa razam em que sam fundadas*», então, a consequência lógica de tal atitude estará no afirmar que a verdadeira fonte de direito é a *razão*.

[1] Jorge Ferreira de Vasconcellos — *Comédia Eufrosina*, Lisboa, 1919, 273.

Na tensão entre direito romano e razão, a balança começa a inclinar-se para esta última. Mas, a corrente racionalista pode, ainda, tomar, frente ao direito romano, duas posições.

Por um lado, negando a recepção, em bloco, sustentar-se-á a necessidade de a razão filtrar, um a um, todos os preceitos romanos. Em vez de recepção global, cada norma justinianeia — para ser considerada vigente — terá de ser examinada e chancelada pela razão. Há, assim, permita-se a expressão, que «peneirar» o *Corpus Iuris Civilis*, verificando quais as leis que se acham, ou não, de acordo com a razão.

Entre nós, semelhante atitude é adoptada por Manuel da Costa que afasta da observância, em Portugal, a norma de direito romano que determinava que, sendo válida a condição de viuvez aposta a um legado, ele só poderia, no entanto, ser exigido decorrido um ano. Costa, dizendo não haver qualquer racionalidade no preceito, nega a sua recepção, baseando-se no já atrás citado passo de que «*Plane in Hispaniae regnis leges Imperatorum non servantur, nisi quatenus ratione nituntur* (...)».

Outro caminho, porém — e mais radical — se oferecia à corrente racionalista. Se as normas romanas só são de aplicar na medida em que se ajustam à razão, se as leis justinianeias apenas são de observar quando, caso a caso, se revelam conformes a um padrão de racionalidade, então poder-se-á esquecer o direito romano e concentrar o esforço interpretativo no contemplar da razão.

Um jurista — e guerreiro — português, Diogo de Sá, dirá que «*a razão natural assi se ha dallegar e por ella se ha de julgar como pla lei. Porque o bom dito e cheio de razão dizem Iassão e Andre de Isernia, que asi deue mouer o juiz pera julgar por elle, como a mesma lei. Porque lei he tudo o que em razão consiste. Donde disse Angelo de perusio allegando a Aristoteles, que buscar lei onde naturalmente sentimos, não he outra cousa que enfirmidade dentendimento* (...)» [1].

[1] Diogo de Sá — *Tractado dos Estados Ecclesiasticos e Seculares* (cfr. *Humanismo*, 16). Citando o mesmo passo de Angelo de Perusia, veja-se Caldas Pereira — *Analyticus Commentarius, sive ad Typum Instrumenti Emptionis et Venditionis Tractatus*, Francofforte, 1619, cap. I, n. 7, 4 e o *Comentário ao Livro 2.º das Ordenações Manuelinas*, n. 13,35-36. Posição interessante é, aliás, a assumida pelo autor deste *Comentário*. Tendo em vista a alegada boa razão das leis imperiais, diz ele não lhe parecer concludente, nem agradar esta justificação que parece pressupor uma maior racionalidade nas respostas dos jurisconsultos romanos — os mais renomados, gentios e adoradores de Demónios — do que nos Sagrados Canones, originados nos Sumos Pontífices e nos Concílios, sob a inspiração do Espírito Santo «*Haec ratio mihi non concludit, nec etiam placet presupponit*

Por seu turno, a concepção *historicista*, partindo, como se disse, da premissa de que o direito romano, vivido na época quinhentista, não era, afinal, o «autêntico» direito romano, podia, igualmente, tomar duas posições. Ou sustentar um regresso a esse «autêntico» direito romano, afastando as «deformadoras» interpretações medievais, procurando reconstituir o «*ius quo utebantur Romani Romae*» — na expressão, da época, de A. Gentili —; ou, então, aceitar que esse direito romano dos tempos modernos era, na verdade, sob o rótulo de romano, um direito «novo» e que, sendo assim, era chegado o momento de pôr de lado o direito justinianeu.

Na tensão que existe entre o texto e a interpretação criadora, há, pois, quem sugira o regresso ao texto, e quem aponte o caminho do seu abandono. Mas deve, também, referir-se que, no Humanismo, existiu uma tendência *sistemática* que visava uma nova ordem expositiva dos conceitos e institutos contidos no *Corpus;* pretendia substituir-se a ordem justinianeia e, bem assim, os métodos de exposição medievais. Queria romper-se com os esquemas didáticos tradicionais [1].

Não se pode, aqui, — a questão é complexa — explicar os motivos por que, não obstante o assalto movido ao direito romano, vai ele sobreviver, em Portugal, como nalguns outros países da Europa [2]. Limitemo-nos, pois, a registar o facto de, terminado este parêntesis

vero responsa consultorum quorum maiores gentiles et Daemonum cultores fuerunt in aequitate rationis praeferenda esse sacris canonibus ab ipsis Summis Pontificibus, et Vicariis Christi et concilijs generalibus in quos assidet Spiritus Sanctus constitutis (...)».

No entanto, após acentuar a variabilidade dos juízos humanos — recordando a tradição de que, outrora, fora proibida na península hispânica, sob pena de morte, a aplicação do direito romano — o autor do *Comentário* concordava que, com aquela invocação da boa razão, se aprovavam, indistintamente, todas as leis imperiais *(Sed tamen apud nos hac lege lata indistincte approbantur, non ab authoritate, sed ab ipsa ratione, qua utuntur...).*

Mas havia uma outra importante concessão à tese racionalista. É que dizia que se o direito romano se aplicava pela sua boa razão, então, faltando direito pátrio e romano era de consultar a própria razão, que passava, assim, a constituir uma nova fonte, situada acima da *communis opinio doctorum «Unde si iure Romano causa ratione utimur quod illud rationi nitatur, a fortiore deficiente lege scripta stylo uel consuetudine recurrendum est ad rationem naturalem facit ordinat. titulo 26 in principio* (...)».

[1] A esta tendência estão ligados os nomes dos alemães Derrer e Vigelius e dos franceses Duareno, Bauduin, Hotman e Connan. Mas o principal Autor desta corrente é o francês Hugo Donello (Doneau) cujos *Comentários de Direito Civil,* em 28 volumes (1589--1590) são o primeiro grande tratado sistemático do mundo moderno. Veja-se Vincenzo Piano-Mortari — *Diritto Romano e Diritto Nazionale in Francia nel Secolo XVI,* Milão, 1962, 134 e segs.

[2] V. Domenico Maffei — *Gli Inizi dell'Umanesimo Giuridico,* Milão, 1956, 162 e segs.; P. Koschaker — *Europa,* 193 e segs..

de intensa polémica relativa ao direito romano, virem as *Ordenações Filipinas* tratar do problema das fontes de direito subsidiário, praticamente nos mesmos termos dos das *Ordenações Manuelinas.*

9. *Ordenações Filipinas. O direito subsidiário.* Vimos que em 1521, se tinha efectuado a redacção definitiva das *Ordenações Manuelinas;* vimos, ainda, que em 1569, fora aprovada, por Alvará, a *Colecção de Leis Extravagantes,* de Duarte Nunes do Leão.

Todavia, ao aproximar-se o fim do século, o elevado número de leis, posteriores àquela *Colecção,* começava a torná-la antiquada e a fazer nascer o desejo de nova compilação.

Por este motivo — e possivelmente também, por considerações de ordem política — Filipe I, em data que se não pode precisar, mas que parece ser anterior a 1589, determinou a reforma das *Ordenações;* nessa empresa terão trabalhado o próprio Duarte Nunes do Leão [1] e, ainda, os desembargadores Jorge de Cabedo e Afonso Vaz Tenreiro [2]. É problemática a participação de Pedro Barbosa e Paulo Afonso, e, mais ainda, a de Damião de Aguiar [3].

[1] Não costuma Duarte Nunes do Leão ser incluído no número dos compiladores das *Ordenações Filipinas.* Todavia, no *Memorial, cit.* dirigido a Cristóvão de Moura, onde faz o elenco de todos os seus préstimos, diz: «*Não falo no grande e nobre serviço que tenho feito e com que estou a mais de seis annos de reformação das Ordenações do Reino,* que de mim mais que de ninguem outrem pende por o munto exercício que naquellas matérias tenho e para que tenho dadas muitas advertências a Sua Magestade e a Sua Alteza, porque se fizerão muitas leis de novo mui importantes (...)». Este *Memorial* deve ter sido escrito à volta de 1594.

[2] É o próprio Cabedo que o diz na *Prima Pars Decisionum Senatus Regni Lusitaniae,* Lisboa, 1604, Dec. CCI, n. 6, 388: «Et senator antiquus, et magnus practicus Alfonsus Vaz Tenreiro qui fuit collega meus in mensa expeditorum gravaminum Senatus Supplicationis, *et fuimus ambo electi a Rege Philippo huius nominis I. Rege Portugalliae foelicis memoriae ad nouam legum huius regni recopillationem, in qua per multos annos insudavimus* (...)»; e na Dec. CCX, n. 7, pág. 405 diz Cabedo ter sido indicado para essa tarefa «*cum aliis senatoribus*».

[3] Constitui opinião pacífica na historiografia jurídica portuguesa, a da participação de P. Barbosa, Paulo Afonso e Damião de Aguiar nos trabalhos da compilação filipina. Porém — tanto quanto sabemos — nenhuma fonte impressa do século XVII ou da primeira metade do século XVIII lhes dá a qualidade de compiladores. Segundo cremos, é só na *Deducção Chronologica* (...), Parte II, Lisboa, 1768, Dem. 6, n. 89, 147-8, que surge a indicação de P. Barbosa e Paulo Afonso, nessa qualidade, não se apontando, todavia, qualquer fonte que sirva de apoio ao asserto; e não vale a pena sublinhar a pouca autoridade que, em matéria histórica, é de conferir à *Dedução.* A possibilidade de Pedro Barbosa e Paulo Afonso terem trabalhado nas *Ordenações Filipinas,* poderia, contudo, ser retomada com base num manuscrito intitulado «*Conselho que o Desembargador do Paço chanceller-mor do Reino Simão Gonçalves Preto deu a El-Rey Felippe I de*

Sabemos que as novas *Ordenações* estavam terminadas em 1595, pois, em 5 de Junho desse ano, foram elas aprovadas por lei de Filipe I. Todavia, não chegou esta lei a ter o necessário seguimento, motivo por que, só em 1603, já, pois, no reinado de Filipe II, por força de nova lei, agora de 11 de Janeiro, entraram em vigor as chamadas *Ordenações Filipinas* [1].

Pode dizer-se que se trata de uma compilação escassamente inovadora. No fundo, a preocupação principal foi a de reunir, num mesmo texto, as *Ordenações Manuelinas*, a *Colecção* de Duarte Nunes do Leão e as leis, a esta posteriores.

Mantém-se, assim, o já tradicional sistema de divisão em cinco livros, dos livros, em títulos, e destes em parágrafos, que vinha, como a seu tempo se apontou, das *Ordenações Afonsinas*.

Não se critique, porém, em demasia, a feição não inovadora das *Ordenações*.

Em primeiro lugar, cumpre atentar no facto de a própria cultura jurídica se encontrar em situação de crise, no rescaldo da investida humanista contra o direito romano; em segundo lugar, a preocupação política de Filipe I de não ferir as susceptibilidades dos novos súbditos, levava-o a não querer bulir na estrutura e conteúdo das anteriores *Ordenações*, a fim de, assim, demonstrar o seu respeito pelas instituições portuguesas.

Deste modo, a legislação filipina é uma actualização das Ordenações Manuelinas, e não uma legislação «castelhanizante»; uma ou outra disposição inspirada nas *Leis de Toro*, promulgadas no reinado de Joana a Louca, não invalida esta afirmação.

É, no entanto, em certa medida, esse respeito pelas *Ordenações*

Portugal, Lisboa, 6 de Fev. de 1588 (...)» in *Pareceres de Jurisconsultos — Papeis vários dos sécs. XVI e XVIII, comprados no leilão dos condes de Linhares*, B. N. de Lisboa, F. G. Cod. 570, onde se diz — «*Ordene V. M. huma compilação de baixo do seu nome, das leis meramente Portuguezas e nomeie os Desembargadores Paulo Affonso e Pero Barbosa* (...)». Temos, no entanto, a maior dúvida sobre a autenticidade deste conselho, dúvida que desenvolvemos em *Sobre os compiladores das Ordenações Filipinas*, Lisboa, 1977 (sep. do *Bol. do Min. da Just.* n.º 264). Repare-se, ainda, que de Damião de Aguiar se não faz qualquer menção.

1 Ficavam revogadas todas as leis que aí não tivessem sido incorporadas «salvo as que andarem scriptas em hum livro, que estará na Casa da Suplicação, que por serem sobre cousas que se podem revogar e mudar pelos tempos, mandamos que se não incorporem nestes cinco livros das Ordenações (...). E resalvando outrosi as Ordenações de nossa Fazenda dos Artigos das Sisas (...)».

anteriores que será origem de um dos seus maiores defeitos — a falta de clareza, a obscuridade de muitas disposições. Na verdade, em vez de se refundir o antigo e o novo, acontece que os compiladores, mecanicamente, juntaram, adicionaram, leis manuelinas e preceitos posteriores, o que torna, por vezes, muito difícil o seu entendimento.

Nem sempre, também, houve o trabalho de verificar o que se encontrava revogado, ou em desuso, ou o cuidado de evitar a inserção de leis contraditórias [1].

Na linha tradicional em que se inserem estas Ordenações, não vai ser alterado o esquema de direito subsidiário que, agora, tem assento no *Livro III, título LXIV* [2]. Como se vê, deixou, no entanto, esta matéria de ser tratada no Livro II, como o fora nas *Ordenações Afonsinas* e *Manuelinas*. Achou-se mais curial versar o *direito subsidiário*, no Livro destinado ao processo civil [3].

Não veio a Revolução de 1640 tirar vigência às *Ordenações Filipinas*. Ainda nesse mesmo ano, confirmou D. João IV, em geral, todas as leis que haviam sido promulgadas pela dinastia castelhana; e, em 29 de Janeiro de 1643, agora, em especial, determinou o rei «*revalidar, confirmar, promulgar e de novo ordenar e mandar que os ditos cinco Livros das Ordenações e Leis, que nellas andão, se cumprão e guardem, como se até o presente praticarão e observarão como se por mim novamente forão feitas e ordenadas, promulgadas e estabelecidas*, em tudo o que não estiver por mim feito em minhas Leis e Provisões e outras, validamente depois dellas feitas, praticadas e observadas em

1 Foram estes defeitos baptizados de *filipismos*, por José Viríssimo Álvares da Silva, designação que depois vingou. (Cfr. José Viríssimo Álvares da Silva — *Introdução ao Novo Código ou Dissertação crítica sobre a Principal Causa da Obscuridade do Nosso Código Authentico*, Lisboa, 1780, 6).

2 Dada a extrema complexidade do direito subsidiário nas sucessivas *Ordenações (direito romano, direito canónico, Glosa de Acúrsio, opinião de Bártolo, communis opinio doctorum)* e tendo em atenção que, só a partir de 1642, é que se proibiu a eleição de *analfabetos* para *juizes ordinários* (e, possivelmente, com pouca eficácia), António Hespanha tem levantado, com pertinência, a questão de saber qual o direito, afinal, aplicado pelas *magistraturas não letradas*. Não se esqueça que, à entrada do último quartel do século XVIII, existiam cerca de 880 concelhos, enquanto que os *juízes de fora*, letrados, pouco ultrapassavam a centena e meia. Cf. A. Hespanha — *História*, 259 e segs. e 438-439; *Les Magistratures Populaires dans l'Organisation Judiciaire de l'Ancien Regime au Portugal*, comunicação ao Congresso de Nápoles (1980) da *Società Italiana di Storia del Diritto* e *Savants et Rustiques — La violence douce de la raison juridique*, separata de *Ius Commune*, X, Francoforte, 1983.

3 Veja-se Braga da Cruz — *O Direito subsidiário*, 251 e segs.

quanto não mandar fazer a dita recopilação [1], e não mandar o contrario» [2].

Foram várias as tentativas, não sucedidas, de reforma das *Ordenações Filipinas* que, assim, vão entre nós, vigorar até ao *Código Civil*, de 1867; e, no Brasil, essa vigência, prolongar-se-á até ao *Código Civil*, de 1917 [3]. São, pois, as *Ordenações Filipinas* o monumento legislativo que maior tempo de vida alcançou em Portugal.

10. *A Lei: suas espécies. A publicação das leis. Colecções de leis extravagantes.* Sem dúvida que — até ao advento do liberalismo — a fonte de direito, principal, continua a ser a *vontade do monarca* [4]. No entanto, nem sempre a vontade do rei se exprime do mesmo modo, da mesma forma e, daí, que, dentro das leis, se distingam várias espécies — *Cartas, Alvarás, Provisões, Decretos, Cartas Régias, Resoluções, Avisos* e *Portarias*. Importa ver, resumidamente, as suas caraterísticas diferenciativas [5].

Em princípio, as *Cartas* (também chamadas *Cartas de Lei*, ou simplesmente, *Leis*) e os *Alvarás* começam pelo nome do soberano promulgador; mas, enquanto que nas *Cartas* ele usa o seu nome próprio, nos *Alvarás* utiliza a expressão — *Eu ElRei*. Além disso, ainda no tocante à forma, criou-se a praxe de, na assinatura, ser o título do soberano, nas *Cartas*, precedido do artigo — *o* Rei, *a* Rainha, e, nos Alvarás, assinar sem artigo — *Rei, Rainha*.

1 Tinha sido pedida, em Cortes, a feitura de novas *Ordenações*.

2 Também, neste ano de 1643, se imprimiram «sete meias folhas», afim de no Prólogo e Lei de confirmação dos exemplares das *Ordenações*, se fazer a substituição do nome de Filipe pelo de D. João IV. De futuro, no frontespício da compilação, ler-se-á — *Ordenações e Leis do Reino de Portugal confirmadas e estabelecidas pelo Senhor Rey D. João IV*. Sobre a referida substituição de folhas, veja-se a carta de T. Pinheiro da Veiga, de 10 de Março de 1643 in J. P. Ribeiro — *Dissertações Chronologicas e Criticas*, tomo IV, Parte II, Lisboa, 1867², Apêndice de docs., doc. XXIV, 228 e segs.

3 Deve, no entanto, dizer-se que as O. Filipinas só tinham sobrevivido na parte respeitante ao Livro IV (Direito Civil). Cfr. Orlando Gomes — *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*, Baía, 1958, 14, nota (9). De qualquer modo, um dos mais interessantes comentários a estas Ordenações é o do brasileiro Cândido Mendes de Almeida — *Código Philipino ou Ordenações do Reino de Portugal* (...), Rio de Janeiro, 1870.

4 Vicente J. Ferreira Cardozo da Costa — *Compilação Systematica das Leis Extravagantes de Portugal*, Lisboa, 1799, 25-26: «A lei em huma Monarchia, como a nossa, na qual o poder Legislativo reside inteiramente na pessoa do Rei, pode definir-se a *vontade do Principe declarada a seus vassallos para regularem por ella as suas acções*».

5 Nesta matéria, veja-se Vicente J. F. Cardozo da Costa — *Compilação*, 26 e segs. e Borges Carneiro — *Direito Civil de Portugal*. Tomo I, Lisboa, 1844, 5 e segs.

Quanto à matéria, deviam constar de *Cartas* as disposições cujo efeito fosse para durar mais de um ano, e de *Alvará*, aquelas cujo efeito se esgotasse dentro do prazo de um ano. Contudo, cedo estas diferenças começaram a não ser observadas, passando os *Alvarás* a confundir-se com as *Cartas:* surgem os *Alvarás de Lei, com força de Lei*, ou em *forma de lei* [1].

As *Provisões*, no seu sentido mais comum, eram decisões dos tribunais, começando pelo nome próprio do soberano, e, em geral, assinadas pelos magistrados de que provinham. Às vezes, porém, eram assinadas pelo rei, confundindo-se com os Alvarás — eram as *Provisões Reais*, ou *Provisões em Forma de lei*.

Os *Decretos* não começavam pelo nome do soberano e destinavam-se a um Ministro ou tribunal, terminando, por isso, quase sempre, com uma fórmula a eles dirigida — *F... o tenha assim entendido e faça executar*.

Porém, acontece que, por vezes, os *Decretos* se afastam da sua finalidade de medida destinada a um caso particular, passando a introduzir direito novo.

As *Cartas Régias* são verdadeiras cartas, epístolas, que começam pelo nome da pessoa a que se dirigem, mas com fórmula diferente consoante a categoria social do destinatário. A forma mais generalizada era — *F... Eu ElRei vos envio muito saudar;* quando dirigidas a pessoas que se queria distinguir, introduzia-se, a seguir ao nome próprio, o qualificativo de *Amigo* — *F... Amigo Eu ElRei vos envio muito saudar*. No fim, tal como nos *Alvarás*, a assinatura era, simplesmente — *Rei, Rainha*.

As *Resoluções* eram determinações dos Monarcas, sobre consultas apresentadas pelos tribunais, geralmente acompanhadas dos pareceres dos juízes que se haviam pronunciado. Ainda que, no rigor dos princípios, se devessem, apenas, aplicar ao caso que as suscitara, certo é que os tribunais passavam a aplicá-las, em hipóteses semelhantes.

Quanto aos *Avisos* e *Portarias* eram certas ordens expedidas pelos Secretários de Estado, em nome do monarca.

Enquanto, porém, os *Avisos* eram dirigidos a um tribunal, magistrado, corporação, ou mesmo a um particular, as *Portarias* não se

1 Ainda atendendo à *matéria* de que tratavam, se faziam distinções dentro das *Cartas de Lei* ou *Alvarás*. Assim, quando estabeleciam obrigações de tribunal, magistrado, ou oficial, chamavam-se *Regimentos;* quando regulamentavam alguma corporação, *Estatutos;* e, quando visavam reforma de abusos, especialmente repressão de luxo, denominavam-se *Pragmáticas*.

dirigiam a qualquer determinada pessoa, começando pela fórmula — *Manda ElRei Nosso Senhor* (...); além disso, as *Portarias* tinham o selo das Armas Reais, o que não acontecia nos *Avisos*.

Em princípio, não deviam constituir os *Avisos* e *Portarias* fonte de direito [1]; mas como se entendia que, também, por esse meio podia o monarca manifestar a sua vontade, daí que fossem enumerados entre as fontes [2].

Quanto à *publicação* das leis, determinavam as *Ordenações Filipinas* (Liv. I, tit. II, § 10) que «o Chanceler Mor ha de publicar as Leis e Ordenações feitas por Nós, as quaes publicará per si mesmo na Chancelaria da Corte, no dia da dada das Cartas, e mandará o treslado dellas sob seu sinal e nosso sello aos Corregedores das Comarcas. *E tanto que qualquer Lei, ou Ordenação for publicada na Chancelaria, e passarem tres meses depois da publicação, mandamos, que logo haja effeito e vigor, e se guarde em tudo postoque não seja publicada nas Comarcas, nem em outra alguma parte*, ainda que nas ditas leis e Ordenações se diga, que mandamos, que se publiquem nas Comarcas, por quanto as ditas palavras são postas para se melhor saberem, mas não para ser necessario, e deixarem de ter força, como são publicadas na nossa Chancelaria, passados os ditos tres mezes. *Porém, em nossa Corte haverão effeito e vigor como passarem oito dias depois da publicação*».

Quer dizer: em relação às leis que passassem e fossem publicadas na Chancelaria, existiam dois períodos de *vacatio*. Um, de *oito dias*, na Corte; outro, de *três meses*, no resto do País [3]. Quanto às restantes disposições legislativas, entendia-se que entravam em vigor, no momento da sua publicação.

Pela Chancelaria deviam passar, obrigatoriamente, *Cartas* e *Alvarás*

[1] Veja-se António Ribeiro dos Santos — *Se os Reais Avisos das Secretarias podem ter força de lei*, B. N. L., F. G. Cod. 4677, fl. 240.

[2] Sobre o novo formulário, após o liberalismo, veja-se o Decreto de 8 de Julho de 1821. Entre outras alterações, verifica-se o desaparecimento dos *Avisos*.

[3] Afastavam-se as *Ordenações* do *direito comum* onde o prazo de *vacatio* era de dois meses (Nov. LXVI). Para aplicação deste prazo em Portugal, veja-se o presente texto, acima. Nos autores antigos, consultem-se, nesta matéria, Cabedo — *Decisiones*, Parte I, dec. CLXXXIV, Baptista Fragoso — *Regimen Reipublicae Christianae*, Col. Allobrog., 1737[3] Parte I, Livro I, Disput. III, § v, 106 e António Mendes Arouca — *Adnotationes Practicae (...) ad Librum fere primum Pandectarum Iuris Civilis*, Lisboa, 1701, ad Lib. I, tit. 3, de Legibus, L. 7, 55. Discutia-se, no entanto, sobre se ficava imediatamente obrigado ao cumprimento da nova lei, aquele que dela tivesse conhecimento, antes do decurso dos prazos estabelecidos; do mesmo modo, se discutia sobre se, passados estes prazos, era possível a prova de ignorância da lei.

(*Ord. Fazenda*, cap. 241; *Ord. Filip.*, Liv. II, tit. XXXIX). Porém, com o rodar dos tempos, passou a ser frequente o declarar-se que valeriam aqueles diplomas, como se passassem pela Chancelaria, ainda que isso não viesse a acontecer. Procurava-se assegurar o efectivo conhecimento das leis, enviando, primeiro, traslados autênticos e, depois, o texto impresso, em folhas avulsas, aos vários corregedores das comarcas do Reino [1].

Onde se podem consultar as *leis extravagantes* da época de que, agora, nos ocupamos, isto é, saídas entre as *Ordenações Filipinas* e 1750?

Há várias colecções, de carácter particular, que compilaram estas leis. As mais importantes são:

1) — A que, no fim de cada livro das *Ordenações* se encontra na edição, denominada *vicentina*, por impressa, em virtude de privilégio, em S. Vicente de Fora, em 1747; é completada por um *Apendice*, publicado em 1761;

2) O *Sistema* ou *Colecção dos Regimentos Reais*, de que existem duas edições: uma, de Manescal (em 2 tomos, 1718 e 1724) e outra de Monteiro de Campos (em 6 tomos, de 1783 a 1791) e que, aliás, não contém, apenas, regimentos;

3) A publicada, com o título de *Colecção Chronológica de Leis Extravagantes* pela Imprensa da Universidade de Coimbra, na já citada *Colecção de legislação antiga e moderna*. Abrange disposições que vão de 1603 a 1761 e compreende 4 volumes de *leis* e *Alvarás* e 2 volumes de *Decretos*, *Cartas Régias*, *Avisos*, etc.;

4) A *Colecção* publicada por José Justino de Andrade e Silva, em 9 volumes (leis de 1603 a 1700) e ainda um *Suplemento* (leis de 1685 a 1702).

[1] Com frequência era depois, a lei, em voz alta, apregoada, diante do povo, nos vários lugares das comarcas. Veja-se, como exemplo, o auto de publicação, em Portalegre, de uma lei de 14 de Junho de 1532, que proibia, sem licença, a saída de cristãos-novos de Portugal: «Anno do nascimento de Noso Senhor Jhesus Christo de mill e quinhentos e trynta e dous anos dezoito dyas de Junho pella manhã hũa ora de soll em Portalegre a porta de Sam Francisco da dita Villa estamdo hy ho doutor Bras Cota juiz de fora em a dita Villa peramte elle pareceo hũu homem que dise aver nome Gonçalo Fernandes caminheiro e apresentou ao dito juiz a hordenação hatras esprita a quall vista per o dito juiz mandou logo a Gaspar Dyas porteiro deste concelho que hapregoase ha dita hordenação o qual o dito juiz loguo peramte muita gemte que hy estava lia ha dita hordenação e ho dito porteiro apreguoava alltas vozes e peramte mim tabaliam (...)». Cfr. *As Gavetas da Torre do Tombo*, Vol. I, Lisboa, 1960, 140.

Auxiliando a investigação, tem, ainda, interesse a consulta de *índices cronológicos* e de *repertórios*. Nos primeiros, cabe referir a *Synopsis Chronológica* (2 volumes), de José Anastásio de Figueiredo, e o *Indice Chronologico* (6 volumes) de João Pedro Ribeiro; entre os segundos, é de destacar o *Repertório* ou *Índice alfabético das leis extravagantes* (2 volumes) de Fernandes Tomaz.

11. *Assentos da Casa da Suplicação. Assentos da Relação do Porto e das Relações Ultramarinas.* Nas *Ordenações Manuelinas* (Livro V, tit. LVIII, § 1) [1] estabeleceu o rei «que quando os Desembargadores que forem no despacho d'alguũ feito, *todos ou alguũ delles teuerem algũa duuida em algũa nossa Ordenaçam do entendimento della, vam com a dita duuida ao Regedor, o qual na Mesa grande com os Desembargadores que lhe bem parecer a determinará, e segundo o que hi for determinado se poerá a sentença. E se na dita Mesa forem isso mesmo em duuida, que ao Regedor pareça que he bem de No-lo fazer, pera Nós loguo determinarmos, No-lo fará saber, pera Nós nisso Prouermos*». E concluía o monarca que «*a determinaçam que sobre entendimento da dita Ordenação se tomar mandará o Regedor escreuer no liurinho pera despois nom viir em duuida*».

Vê-se, pois, que, assim, se instituía um processo de interpretação *autêntica* de leis que tivessem suscitado dúvidas: as decisões esclarecedoras, os *Assentos da Casa da Suplicação*, eram registados num livro (o *Livro dos Assentos*) e tinham valor vinculativo para casos futuros semelhantes.

Sucede que, em 1582, Filipe I, considerando que os dois tribunais superiores (*Casa da Suplicação* e *Casa do Cível*) se encontravam em Lisboa e que, assim, os moradores das comarcas de Trás-os-Montes, Entre Douro e Minho, e Beira recebiam grande incómodo «em virem às ditas Casas com as suas appellações e aggrauos, e muitas vezes por casos tão leves, e de tão pequenas contias que importarão menos que a despesa que nisso fazem», decide haver «*por extincta a dita Casa do Civel, que até agora houve na dita Cidade de Lisboa, e de crear outra, como ordeno, que haja na dita Cidade do Porto que se chamará a Relação da Casa do Porto*» [2].

Ficava sendo a *Relação do Porto* segunda e última instância nas apelações e agravos das comarcas do Norte, em matéria de crime;

[1] Esta lei foi mantida nas *Ordenações Filipinas* (Livro I, tit. V, § 5).

[2] Aliás, já nas Cortes de Evora de 1535 fora solicitada a transferência da *Casa do Cível* para o Porto.

era-o, também, em matéria cível, excepto quando o valor da causa passasse «da contia de cem mil reis nos bens moveis, e de oitenta nos bens de raiz» [1], hipótese em que ainda se podia recorrer para a *Casa da Suplicação*. Não obstante, como se vê, ficar a existir uma certa subordinação da *Relação do Porto* frente à *Casa da Suplicação*, certo é que os desembargadores do recém-criado tribunal se passaram a atribuir o privilégio de, também, proferir assentos, à imitação do que se passava com a *Casa da Suplicação*.

Com a criação de outras Relações no Ultramar — Goa, Baía e Rio de Janeiro — o abuso vai proliferar, uma vez que as novas Relações entendem, igualmente, possuir o privilégio de proferir interpretações autênticas. Vai este procedimento ditar um estado de confusão que só terminará, como adiante veremos, com a chamada *Lei da Boa Razão*, de 18 de Agosto de 1769.

12. *Estilo da Corte e Costume.* A seu tempo vimos que, nas *Ordenações Afonsinas* (Liv. II, tit. IX), se indicavam, entre as fontes de direito pátrio, o «*estillo da nossa Corte ou custume antigamente usado*»; paralelamente, as *Ordenações Manuelinas* (Liv. II, tit. V) e *Filipinas* (Liv. III, tit. LXIV) falavam de «*estillo de nossa Corte, ou custume em os ditos Regnos, ou em cada huma parte delles longamente usado, e tal que por Direito se deva guardar*».

O problema da distinção entre *estilo da corte* e *costume* ocupara a ciência medieval [2].

Assim, Cino de Pistoia, seguindo o seu mestre Pierre de Belleperche, definira o estilo como «*ius quoddam non scriptum, usibus introductum, ab uno iudice stillatum*».

Neste último aspecto, continuava Cino, diferia do costume «*quoniam consuetudo est ius introductum usibus plurium*».

Deste modo, *estilo* e *costume* seriam, ambos, fontes de direito não escrito, introduzido pelo uso: a distingui-los, estaria o facto de o *estilo* ser um uso introduzido por juiz, enquanto o *costume* teria como fundamento a conduta de toda ou parte da comunidade.

Bártolo vem, depois, introduzir um outro elemento nesta distinção. No seu comentário ao *Digesto Velho*, declara que «styllus appellatur consuetudo *quae respicit ordinem loquendi vel procedendi*»,

[1] Esta alçada foi triplicada por lei de 26 de Julho de 1696 e, de novo, alterada por Alvará de 13 de Maio de 1813.

[2] Nesta matéria, veja-se Luigi Prosdocimi — *Tra Civilisti e Canonisti dei sec. XIII e XIV — A proposito della genesi del concetto di «stylus»*, in *Bartolo da Sassoferrato — Studi e Documenti*, vol. II, Milão, 1962, 415 e segs.

enquanto que o costume, propriamente dito, «*respicit decisionem*». E, no comentário ao *Código*, dirá «*differentiam esse talem, quia consuetudo inducitur per actus iudiciarios et exempla..., et styllus solum per actus iudiciarios earum (rerum) quae in iudicio versantur*» [1].

Conforme acentua Prosdocimi, por obra de Bártolo, «o conceito de *stylus* sofre, ao precisar-se, uma nítida restrição à matéria processual, ficando excluído que se possa falar de *stylus* na esfera do direito substantivo. Ele crê poder atribuir o termo *stylus*, somente, à norma consuetudinária de conteúdo processual (*«consuetudo quae respicit ordinem loquendi vel procedendi»*, referindo-se, exclusivamente, às coisas *«quae in iudicio versantur»*) e preocupa-se em delas distinguir, nitidamente, o direito substantivo que pode nascer no tribunal (...) direito que parece, aqui pelo menos, ter para ele natureza idêntica à do costume propriamente dito (*consuetudo inducitur per actus iudiciarios et exempla*)» [2].

Do conceito de estilo, entre nós, se ocupa o anteriormente citado *Comentário às Ordenações Manuelinas*. Afasta-se o autor da posição acima exemplificada em Cino de Pistoia, na medida em que afirma que o *estilo* tanto pode ser introduzido por um juiz, como por vários [3]; afasta-se, também, de Bártolo, quando admite que o estilo diz respeito não só à ordem do processo, mas ainda à própria decisão [4].

Assim, para ele, o estilo é um «*ius particulare, non scriptum, ex causa rationabili ab ipso principe seu eius supremis iudicibus de eius consensu tacito, uel expresso introductum, tam in procedendo, quam in diffiniendo*».

A distinção entre *estilo* e *costume* estaria, principalmente, em que o estilo só podia ser introduzido por pessoas públicas, exercendo ofício ou jurisdição, enquanto que o costume, na verdade, podia derivar de pessoas particulares.

Também no *De diferentijs inter ius commune et Regiam Ordinationem tractatus* [5], o seu autor, depois de aderir à ideia de que o estilo

1 L. Prosdocimi — *ob. cit.*, 418-423.

2 L. Prosdocimi — *ob. cit.*, 424.

3 *Comentario*, «(...) *sed praedicta diffinitio non uidetur bona nec conuertibilis cum suo diffinito, quia datur stylus non solum introductus ab iudice, sed etiam a pluribus ut probat nr. tex. ou stylo da nossa corte* (...)». A crítica era bem pouco substancial.

4 *Comentario*, «(...) *stylus consistit non solum in ordinando sed etiam in decidendo*, ut clare constat ex nr. text. (...)».

5 *Ms. da B.N.L.*, F.G. 6640, fl. 444 e seguintes. Neste manuscrito, encontram-se recolhidas lições ministradas em Coimbra, à volta de 1628-1629, por Gonçalo Alvo Godinho, João de Carvalho e outros professores, não se mencionando, porém, a autoria do «*Tractatus*» mencionado no texto. Noutro manuscrito, que possuímos, essa autoria é atribuída a um Doutor Leitão, que deve ser o Doutor António Leitão Homem. Esta atribuição é, aliás, confirmada num outro manuscrito da B.N.L., FG. 2300, 89 e segs. Publicámos o *De diferentijs* em *O direito subsidiário das Ordenações Filipinas num Comentário de António Leitão Homem, cit. Rev.*

não é senão um «*modum in aliquo ordine iudiciali obseruari consuetum, siue ad ord. siue ad decisionem causarum*» [1], acaba por, seguindo Francisco Suarez, definir o estilo como sendo «*quoddam ius non scriptum, interdum positiue obligans, ut ab eo non recedatur, interdum obligationem tollens, ut eius praescriptio a iure commune liceat recedere*». Definição esta, aliás, bastante vaga.

Mais tarde, pelo meio do século XVIII, vai Gonçalves da Silva definir *estilo*, dizendo ser «*consuetudo iudiciaria continens ordinem, et seriem rerum gerendarum*» [2-3]; aqui, restringindo-se o conceito de *estilo* à ordem e encadeamento dos actos, em processo, está-se na linha de pensamento de Bártolo.

No que diz respeito aos requisitos do *estilo*, exigia-se, normalmente, que não fosse *contra legem*, que fosse *prescrito*, isto é, observado durante *10 anos*, e que tivesse sido introduzido, pelo menos, por *dois ou três actos judiciários de tribunal superior* [4].

Mas havia, também, quem negasse, em linha de princípio, a necessidade de *prescrição;* só no caso de estilo *contra legem* é que,

1 Manuel Barbosa — *Remissiones Doctorum* (...), Lisboa, 1620, no comentário ao tit. LXIV, do Liv. III, a par de indicação de numerosíssima bibliografia estrangeira, diz, igualmente, que o «*stylus curiae pro lege seruatur, siue ad ordinationem siue ad decisionem causarum* (...)».

2 Manuel Gonçalves da Silva — *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, Lisboa, tomo II, 1742, ad Ord. lib. 3, tit. 64, 285 (esta obra é continuação dos referidos *Commentaria*, de Manuel Alvares Pegas).

3 Também Manuel Alvares Pegas — *Comentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, tomo I, Lisboa, 1729[3], ad lib. I, tit. I, § 37, 322, n. 5, se insere na mesma linha de considerações, com adesão expressa a Suarez. São importantes as observações feitas por Pegas, nesse lugar, acerca do *estilo*. Sobre estilo veja-se, também, Mateus Homem Leitão — *De Iure Lusitano*, T. I (e único), Coimbra, 1675, Tract. I, Quaest. VI, 92, n.º 20 e segs.

4 M. Barbosa — *Remissiones, ad. tit. LXIV, Liv. III*, §§ 1, 2, 3, 4 e 6 (págs. 417-418); *De diferentija*, 2.ª *Assertio*, §§ 24, 25, 26, 27, 28, 29 e 30, fls. 447-448 v. No *De diferentijs* defende-se que o *estilo* deve ser introduzido por vários actos, e que o conceito de *pluralidade* exige, pelo menos, três ou quatro actos (*pluralitas ad tres aut quatuor ad minus redigetur*). Neste sentido, Cabedo — *Decisiones*, Parte I, dec. CCXII, n.º 5; Pegas — *Commentaria* e *loc. cit.*, 323, n. 15 e Diogo Guerreiro Camacho de Aboim — *De Munere Judicis Orphanorum — De Inventario*, Lisboa, 1759, lib. I cap. VI, 104, n. 25, onde, aliás, a matéria do *estilo* se acha tratada com algum desenvolvimento. Também António de Sousa de Macedo — *Decisiones*, dec. XXIII, n. 4, 116, adere aos que diziam ser necessário que tivesse sido decidido *pluries*.

enquanto que o costume, propriamente dito, «*respicit decisionem*». E, no comentário ao *Código*, dirá «*differentiam esse talem, quia consuetudo inducitur per actus iudiciarios et exempla..., et styllus solum per actus iudiciarios earum (rerum) quae in iudicio versantur*» [1].

Conforme acentua Prosdocimi, por obra de Bártolo, «o conceito de *stylus* sofre, ao precisar-se, uma nítida restrição à matéria processual, ficando excluído que se possa falar de *stylus* na esfera do direito substantivo. Ele crê poder atribuir o termo *stylus*, somente, à norma consuetudinária de conteúdo processual (*«consuetudo quae respicit ordinem loquendi vel procedendi»*, referindo-se, exclusivamente, às coisas *«quae in iudicio versantur»*) e preocupa-se em delas distinguir, nitidamente, o direito substantivo que pode nascer no tribunal (...) direito que parece, aqui pelo menos, ter para ele natureza idêntica à do costume propriamente dito *(consuetudo inducitur per actus iudiciarios et exempla)*» [2].

Do conceito de estilo, entre nós, se ocupa o anteriormente citado *Comentário às Ordenações Manuelinas*. Afasta-se o autor da posição acima exemplificada em Cino de Pistoia, na medida em que afirma que o *estilo* tanto pode ser introduzido por um juiz, como por vários [3]; afasta-se, também, de Bártolo, quando admite que o estilo diz respeito não só à ordem do processo, mas ainda à própria decisão [4].

Assim, para ele, o estilo é um «*ius particulare, non scriptum, ex causa rationabili ab ipso principe seu eius supremis iudicibus de eius consensu tacito, uel expresso introductum, tam in procedendo, quam in diffiniendo*».

A distinção entre *estilo* e *costume* estaria, principalmente, em que o estilo só podia ser introduzido por pessoas públicas, exercendo ofício ou jurisdição, enquanto que o costume, na verdade, podia derivar de pessoas particulares.

Também no *De diferentijs inter ius commune et Regiam Ordinationem tractatus* [5], o seu autor, depois de aderir à ideia de que o estilo

1 L. Prosdocimi — *ob. cit.*, 418-423.

2 L. Prosdocimi — *ob. cit.*, 424.

3 *Comentario*, «(...) *sed praedicta diffinitio non uidetur bona nec conuertibilis cum suo diffinito, quia datur stylus non solum introductus ab iudice, sed etiam a pluribus ut probat nr. tex. ou stylo da nossa corte* (...)». A crítica era bem pouco substancial.

4 *Comentario*, «(...) *stylus consistit non solum in ordinando sed etiam in decidendo*, ut clare constat ex nr. text. (...)».

5 *Ms. da B.N.L.*, F.G. 6640, fl. 444 e seguintes. Neste manuscrito, encontram-se recolhidas lições ministradas em Coimbra, à volta de 1628-1629, por Gonçalo Alvo Godinho, João de Carvalho e outros professores, não se mencionando, porém, a autoria do «*Tractatus*» mencionado no texto. Noutro manuscrito, que possuímos, essa autoria é atribuída a um Doutor Leitão, que deve ser o Doutor António Leitão Homem. Esta atribuição é, aliás, confirmada num outro manuscrito da B.N.L., FG. 2300, 89 e segs. Publicamos o *De diferentijs* em *O direito subsidiario das Ordenações Filipinas num Comentario de Antonio Leitão Homem*, *cit. Rev.*

não é senão um «*modum in aliquo ordine iudiciali obseruari consuetum, siue ad ord. siue ad decisionem causarum*» [1], acaba por, seguindo Francisco Suarez, definir o estilo como sendo «*quoddam ius non scriptum, inducens posteros obligantes ad id eo non recedendum, interdum obligantes iudices ad eius [illegible] tam communem locum seruare*». Definição esta, aliás, bastante vaga.

Mais tarde, pelo meio do século XVIII, vai Gonçalves da Silva definir *estilo*, dizendo ser «*consuetudo iudiciaria continens ordinem, et seriem rerum gerendarum*» [2-3]; aqui, restringindo-se o conceito de *estilo* à ordem e encadeamento dos actos, em processo, está-se na linha de pensamento de Bártolo.

No que diz respeito aos requisitos do *estilo*, exigia-se, normalmente, que não fosse *contra legem*, que fosse *prescrito*, isto é, observado durante *10 anos*, e que tivesse sido introduzido, pelo menos, por *dois ou três actos judiciários de tribunal superior* [4].

Mas havia, também, quem negasse, em linha de princípio, a necessidade de *prescrição;* só no caso de estilo *contra legem* é que,

1 Manuel Barbosa — *Remissiones Doctorum* (...), Lisboa, 1620, no comentário ao tit. LXIV, do Liv. III, a par de indicação de numerosíssima bibliografia estrangeira, diz, igualmente, que o «*stylus curiae pro lege seruatur, siue ad ordinationem siue ad decisionem causarum* (...)».

2 Manuel Gonçalves da Silva — *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, Lisboa, tomo II, 1742, ad Ord. lib. 3, tit. 64, 285 (esta obra é continuação dos referidos *Commentaria*, de Manuel Alvares Pegas).

3 Tambem Manuel Alvares Pegas — *Comentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, tomo I, Lisboa, 1729[3], ad lib. I, tit. I, § 37, 322, n. 5, se insere na mesma linha de considerações, com adesão expressa a Suarez. São importantes as observações feitas por Pegas, nesse lugar, acerca do *estilo*. Sobre estilo veja-se, também, Mateus Homem Leitão — *De Iure Lusitano*, T. I (e único), Coimbra, 1675, Tract. I, Quaest. VI, 92, n.º 20 e segs.

4 M. Barbosa — *Remissiones, ad. tit. LXIV, Liv. III*, §§ 1, 2, 3, 4 e 6 (págs. 417-418); *De diferentija*, 2.ª *Assertio*, §§ 24, 25, 26, 27, 28, 29 e 30, fls. 447-448 v. No *De diferentijs* defende-se que o *estilo* deve ser introduzido por vários actos, e que o conceito de *pluralidade* exige, pelo menos, três ou quatro actos *(pluralitas ad tres aut quatuor ad minus redigetur)*. Neste sentido, Cabedo — *Decisiones*, Parte I, dec. CCXII, n.º 5; Pegas — *Commentaria* e *loc. cit.*, 323, n. 15 e Diogo Guerreiro Camacho de Aboim — *De Munere Judicis Orphanorum — De Inventario*, Lisboa, 1759, lib. I cap. VI, 104, n. 25, onde, aliás, a matéria do *estilo* se acha tratada com algum desenvolvimento. Também António de Sousa de Macedo — *Decisiones*, dec. XXIII, n. 4, 116, adere aos que diziam ser necessário que tivesse sido decidido *pluries*.

então, se tornaria indispensável a prova de dois actos no decurso de um prazo de dez anos [1].

Pode, pois, em resumo, dizer-se que por *estilo* se entendia a jurisprudência constante dos tribunais superiores (Casas da *Suplicação* e do *Cível*, depois, as *Relações*) que, para uns, dizia somente respeito à própria decisão; e que, na opinião dominante, não devia ser *contra legem*, devia ser observado durante 10 anos e introduzido, pelo menos, por dois — ou segundo alguns — três actos.

Passemos, agora, ao *costume*. Como se viu, nas Ordenações Afonsinas referia-se, apenas, o «*custume antigamente usado*» e, nas posteriores, fala-se em costume «*em os ditos Reynos, ou em cada huma parte delles longamente usado, e tal que por Direito se deva guardar*».

Passa-se, deste modo, a admitir o costume *longamente usado*, quer geral, quer local, desde que preenchesse os requisitos impostos pelo direito romano [2].

Vejamos, antes de mais, alguns dos fundamentos do *costume*, na doutrina do direito comum.

Pode dizer-se que se parte, sempre, da ideia de que o *costume* representa a vontade da comunidade, a *voluntas populi*, no sentido de que uma certa conduta seja, obrigatoriamente, observada [3]. Era, no entanto, necessário conciliar a existência desta *voluntas populi*, com o princípio de que a *voluntas* do monarca é a fundamental fonte de direito. Com efeito, num sistema em que o monarca é a *lex animata*, num sistema em que o *populus* não tem a *potestas legis condendae*, a justificação do costume tem de ser, logicamente, encontrada numa sua relação com a vontade do monarca, do *princeps*.

1 Gonçalves da Silva — *Comentário*, n.º 14, 285: «Et ad illum inducendum non requiritur certi tempori decursus, sicut requiritur ad consuetudinem, *nisi sit contra ius; quia tunc debet esse legitime praescriptus*»; e, nos n. 21 e 22: «*Tempus autem decennii, sufficit ad inducendum stylum, seu consuetudinem contra ius (...) Et duo actus sufficiunt observari per decursum decem annorum*».

2 O autor do *Comentário às Ordenações Manuelinas*, seguindo S. Isidoro de Sevilha, definia o costume como sendo «*quoddam ius moribus utentium comprobatum, quod pro lege suscipitur, dum deficit lex*». Era esta definição atacada, principalmente, porque no caso de costume *contra legem* ou *secundum legem*, parecia não poder dizer-se que «*deficit lex*». A estes argumentos respondia o comentador que quando o costume vinha derrogar a lei, efectivamente deixava esta de existir; e que, no caso de costume *secundum legem*, muito mais do que costume, se tratava de uma *confirmatio legis*. A definição isidoriana era também, aceite por Fernando Rebelo — *Opus de Obligationibus Iustitiae, Religionis et Caritatis*, Lião, 1608, Liber primus, Quaestio V, n. 1. 39.

3 Veja-se neste ponto, Juan Arias Gomez — *El consensus communitatis en la eficacia normativa de la costumbre*, Pamplona, 1966.

Assim, começar-se-á por dizer que, para que exista um costume, é necessário que o *princeps* o consinta e que — para fazer prova desse consentimento — é, pelo menos, indispensável a prova de que o conhece, isto é, de que o costume existe *cum scientia Principis*. Compreende-se, porém, que exigir prova da *scientia Principis*, relativamente a cada costume, era, dada a prática impossibilidade, aboli-lo como fonte de direito. Por isso, a solução estará em presumir no «*princeps*» o conhecimento do costume [1] e uma consequente vontade tácita de consentimento, ou em presumir que o rei concedeu à comunidade uma «*potestas legis condendae*». Assim, se salvava o princípio de que a vontade do monarca era a fonte única criadora de direito.

Esclarecido este aspecto prévio, examinemos, agora, os requisitos do *costume*.

Se a norma consuetudinária é manifestação da *voluntas populi*, a questão estará, pois, em averiguar quais os sinais externos, visíveis, que permitirão concluir pela presença dessa *voluntas*.

A tal respeito, preocupava-se, principalmente, a doutrina, com dois aspectos; o *tempo* e o *número de actos*, necessários para se considerar introduzido o costume.

No tocante ao problema do tempo, não tinha sido ele, concretamente, definido pelo direito romano: fala-se, aí, em *consuetudo inveterata* (D. 1. 3. 32), *diuturna* (D. 1. 3. 33.) *longa, per annos plurimos observata* (D. 1. 3. 35), mas nunca se chega a fixar qualquer prazo de observância, como requisito do costume.

Compreende-se a razão porque o direito romano não deu esse passo. Na verdade, por toda a época clássica, como muito bem explica Calasso, já que o costume tem «o seu fundamento na *conventio civium*, quer dizer no encontro de vontade dos *cives* sobre a necessidade de certo comportamento numa determinada relação, é claro que, não a apreciação do tempo, mas sim a do comportamento externo *(rebus ipsis et factis)* como sinal reconhecível daquela vontade concordante *(conventio)*, devia aparecer, em primeiro plano, enquanto

1 Esse era, entre nós, o raciocínio de Álvaro Vaz nas suas *Decisiones*, Lisboa, 1588-1601. Na consulta CLXII, falando da prova do costume, depois de se referir ao requisito da «*scientia Principis (...) quando populus non habet potestatem condendi statuto ex quo nec inducendi consuetudinem, quae vicem legis habet*», comentava: «*Sed huic requisitio non facile consentio, quia secundum hoc fere nunquam probabitur consuetudo.* Et quamvis in Principe universali, prout est Summus Pontifex, praesumatur ignorantia in ijs, que sint facta (...) *secus est in Principe particulari in terris suis* (...)». No mesmo sentido, Pantaleão de Araújo Neto e Guerra — *Commentaria ad Ordinationes Portugaliae Regni Libri Quarti*, T. I, Coimbra, 1740, Controversia II, Sectio V, 96-87, com citação expressa de Alvaro Vaz.

que a *vetustas* do próprio comportamento, representava, apenas qualquer coisa de acessório e extrínseco».

Todavia, continua o mesmo autor, quando se vem a negar ao *populus* a *potestas legis condendae*, quando se não faz desaparecer, mas se atirou para a penumbra, o elemento da *conventio populi*, acontece então, como era de esperar, «que se levasse para primeiro plano o elemento do tempo como medidor daqueles actos externos de que, praticamente, se podia deduzir a existência do costume» [1].

Ora, para medir o tempo do costume, vai o jurista, examinando os textos do direito romano, servir-se dos prazos encontrados no instituto da *prescrição* [2].

E, como nesses prazos se fala de tempo de *dez, vinte, trinta, quarenta anos*, e *imemorial*, assim, paralelamente, disputará a doutrina sobre qual desses prazos será aplicável à *praescriptio* do costume.

Não é possível acompanhar toda a discussão nesta matéria. Deve, no entanto, dizer-se que, de um modo geral, se acaba por aceitar ser de *dez anos* o prazo de prescrição do costume. Isto, no âmbito do *ius commune*, já que, no direito canónico, se fazia, muitas vezes, uma distinção: admitia-se o prazo de *dez* anos, quando se tratasse de costume *praeter* ou *secundum legem*, mas exigia-se um tempo de quarenta anos, no caso de costume *contra legem* [3].

Vimos aquilo que, para a doutrina, era um dos sinais objectivos da existência de costume — *o decurso de um prazo*. Observemos, agora, o outro aspecto que, igualmente, merecia a atenção da ciência jurídica — *o número de actos necessários para prova da existência de costume*.

Havia quem entendesse ser necessário um mínimo de *dois actos;* quem mencionasse *três actos;* quem falasse de *dez actos*, ou quem, acentuando que, afinal, o número de actos mais não era que um índice da *voluntas populi*, dissesse bem poder acontecer que até *um único acto*, desde que suficientemente notório e importante, servisse como demonstração daquela *voluntas*.

1 Calasso — *Medio Evo*, 205.

2 Veja-se Ennio Cortese — *La Norma Giuridica — Spunti teorici nel diritto comune classico*, vol. II, Milão, 1964, 143. Como este autor diz, expressivamente, «per misurare il tempo l'unico metro che il giurista potesse trarre dal suo bagaglio di teoria generale era quello offerto dall'istituto romano della prescrizione, al quale egli in effetti fini col volgersi constantemente».

3 Veja-se, por exemplo, Luiz Caetano de Lima — *Ius Canonicum juxta ordinem Decretalium Gregorii IX*, Lisboa, 1754, tomo I, Liber I, tit. IV, Quaest. V.

De um modo geral, acaba por assentar-se em que é indispensável *um mínimo de dois actos* para se considerar introduzido um costume. Todavia, desde cedo, dá-se uma atenção muito especial à hipótese de esses dois actos serem sentenças judiciais. Considera-se que as sentenças dos magistrados são um dos melhores meios de manifestar o consentimento do *populus*. Para esta posição concorreriam, talvez, dois motivos. Em primeiro lugar, a existência de um fragmento de Ulpiano, contido no *Digesto*, em que se defende a doutrina de, na investigação do costume local, se averiguar, antes de mais, se esse costume já foi confirmado por alguma sentença [1]: em segundo lugar, porque a sentença, a actividade jurisdicional, vinha, de algum modo, dar forma ao vago consentimento do *populus*.

E é assim que, combinando os vários aspectos, se chega à regra de que *dois actos, nomeadamente duas sentenças, no espaço de tempo de dez anos, são suficientes para induzir a existência de costume*, regra de que muitos juristas portugueses se fazem eco nas suas observações à norma consuetudinária [2].

13. *Direito Canónico.* De acordo com as sucessivas *Ordenações* (*O. A.*, Liv. II, tit. IX, *O. M.*, Liv. II, tit. V, *O. F.*, Liv. III, tit. LXIV) aplica-se o *direito canónico* — como já sabemos — em matéria de

1 D. 1.3.34: «*Quum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata est.*».

2 *Comentario ao Livro 2.º*, n.º 8: «(...) *et adde quod sufficiunt 10 anni, et pluralitas actuum non minus duorum* (...)»; Pegas — *Commentaria*, tomo V ad. Lib. I, tit. 66, Gloss. I, 304, n. 6 (com referência, apenas, ao tempo de 10 anos); M. Gonçalves da Silva — *Commentaria*, ad. ord. lib. 3, tit. 64, ad princip., n. 41, 287. Veja-se, também, bibliografia indicada nos n.os 21 e 22 a págs. 285-286. Já Pantaleão de Araújo Neto e Guerra — *Commentaria*, Controversia II, Sectiones IV e VII, 94-96 e 98-100, assume posição distinta. Ainda que entenda que não basta um acto só para introduzir o costume, defende que o número de actos e o tempo devem ser deixados ao arbítrio do juiz que, segundo as circunstâncias, averiguará se permitem ou não fundamentar a existência de um consenso, pelo menos tácito, da maioria do *populus*. Como diz este autor, a base «*a qua regulari debemus est, quod ad consuetudinem inducendam requiritur consensus saltem tacitus maioris partis populi*». Rafael Lemos de Afonseca no *Commento Portugues dos Quatro Livros da Institura do Emperador Iustiniano, ou Breve Resumo do Direito Civil*, Lisboa, 1656, dizia, também, que o número de actos devia ser deixado ao arbítrio do juiz, mas inclinava-se para um *tempo* de dez anos (fl. 48). Nicolau Coelho de Landim — *Nova et Scientifica tractatio utrique foro perutilis ac necessaria in tres partes divisa et distributa: Prima De Syndicatu Iudicum*, Lisboa, 1677, cap. XVIII, n. 5, 68, fala de *plures actos* e de um prazo de dez anos. Também, no *De Salariis*, cap. III, n. 24, 202, fala do prazo de 10 anos.

pecado, na falta de lei, estilo ou costume; mesmo que de pecado venial se tratasse, conforme asseveravam os comentadores [1].

Não via, porém, a Igreja, com bons olhos, a primazia que as *Ordenações*, mesmo em matéria de pecado, concediam às várias fontes de direito pátrio, relativamente ao direito canónico [2]; além disso, também nas Ordenações se encontrariam algumas leis contrárias à liberdade da Igreja e aos cânones [3]. Por isso, no intuito de harmonizar as Ordenações com o direito canónico, D. João III ordenou ao desembargador Doutor Francisco Coelho que examinasse o direito do reino a fim de verificar — para correcção — quais as normas que eram contrárias ao direito canónico. Terminou Francisco Coelho o seu trabalho [4].

Porém, em virtude — segundo parece — de resistência oposta por muitos desembargadores, essa obra de correcção foi de alcance mínimo [5].

1 M. Barbosa — *Remissiones, ad tit. cit.*, n.º 14, 420; *De diferentiis, 4.ª assertio*, § 23, 449; M. Gonçalves da Silva — *Commentaria*, 288. Defendia-se, também, a aplicação do direito canónico nas causas espirituais e nas «*piae causae*».

2 Assim, no *Comentário às Ord. Man.*, diz-se que, não obstante a letra das Ordenações, havia a ter em conta «*iura expressa*» e a intenção do «legislador cristianíssimo», pelo que, em matéria de pecado, seria, *sempre*, aplicável o direito canónico. (Item colligitur quod deficiente Lege regia, stylo uel consuetudine in materia concernente peccatum standum est sacris canonibus, in verbo E quando o caso, *quasi sentiat textus quod etiam in materia concernente peccatum stante legia regia, stylo uel consuetudine ad illam recurrendum erit, et non ad ius canonicum, sed non licet sumere tantum argumentum contra iura expressa, et contra intentionem christianissimi legislatoris. Nam in concernentibus animam uel peccatum standum est semper et indistincte dispositioni iuris canonici, nec lex civilis contrarium unquam statuere poterit* (...)».

3 Apontamento para as instruções ao núncio Lippomano in Fortunato de Almeida — *História da Igreja em Portugal*, Tomo III — Parte II, Coimbra, 1915, 7-8.

4 *Annotações às ordenações do reino contrárias à jurisdicção e liberdade eclesiástica* (obra manuscrita). Veja-se, nesta matéria, João Pedro Ribeiro — *Memoria sobre a Obra incumbida pelo Senhor Rei D. João III ao Desembargador Francisco Coelho, acerca das Ordenações do Reino* in *Indice Chronologico*, Lisboa, 1807, Parte IV, 325 e seguintes.

5 Nada, mesmo, se teria feito, na versão dos *Apontamentos dos Prelados depois das Cortes de 1562 do Senhor D. Sebastião em Lisboa — Ano 1563* in V. de Santarém — *Alguns documentos para servirem de provas à Parte 1.ª*, 44: «*Porque as Ordenações do Reyno feitas por mandado de ElRei D. Manuel, que Santa Gloria haja, por Christovão Esteves, tem muitas couzas contra o Direito Canonico, e que segundo elle por nenhuma via podião ser feitas, ElRei D. Joham* seu filho e vosso Avô, que Deos haja, *mandou ao Doutor Francisco Coelho do seu Desembargo, que visse as ditas Ordenações, e escrevesse sobre ellas, o que lhe parecesse Direito, e se se podia guardar com Sam Consciencia, ou não, e querendo elle Rey mandar entender nisso outros Dezembargadores, forão tão contrarios a se emendarem pelos respeitos, que lhes a elles parecerião, que nisso se sobre esteve.* Esta obra foi depois entregue ao Doutor António Correia, Corregedor, que ora he da corte (...)».

Todavia, já em A. Arrais — *Diálogos*, Diálogo IV, cap. XXV, 90 (ed. Sá da Costa), se refere a correcção de algumas leis: «*E por se achar que as mais das ditas Ordenações eram conforme a direito, e aos Sagrados Canones:* e que no espiritual que tocava a boa Christandade não ofendiam em cousa alguma a liberdade e imunidade da Igreja, e que as Ordenações que falavam no temporal eram antigas, justas e necessárias, e por tais toleradas por Padres Santos e declaradas, ordenadas e assentadas por composição que houve antigamente entre a Cleresia e seus Vassalos: *se assentou e determinou, que ficassem como estavam, ordenadas e revogadas somente algumas delas*». Na verdade, devem relacionar-se com esta questão, as *Sete Declarações sobre matéria eclesiástica*, de 8 de Julho de 1553, transcritas na *Synopsis Chronologica*, T. II, 9 e segs. Cfr. João Pedro Ribeiro — *Memoria*, 326, nota (1).

Nos primeiros anos do reinado de D. Sebastião, pretende, ainda, a Igreja, sem resultado, que, na sequência da obra de Francisco Coelho, se faça uma revisão das *Ordenações* [1]. Mais tarde, após exame de certas queixas dos prelados, vai surgir uma Provisão, impropriamente denominada *Concórdia do Reinado de D. Sebastião*, de 18 de Março de 1578, publicada na chancelaria-mor, em 17 de Junho desse mesmo ano, na qual se regulam determinados pontos de contraste entre a Coroa e o Clero, alguns deles relacionáveis com a execução dos decretos do *Concílio de Trento* [2].

No que diz respeito ao direito canónico, têm, nesta época, a maior importância as determinações do, agora mesmo, referido *Concílio de Trento*. É este *Concílio* de grande interesse para a História do direito canónico, da Igreja, e, também, para a História do direito português.

Na verdade, terminado o *Concílio*, em 4 de Dezembro de 1563, em Alvará de 12 de Setembro do ano seguinte, ordena-se «*que o dito Concilio se dê muito inteiramente à sua devida execução*» e que os Oficiais e Justiças do Reino «*sendo requeridos pelos julgados acerca da dita execução dê todo o favor e ajuda para o dito effecto*» (...) [3].

Assim, no tocante à chamada ajuda do braço secular — e, igualmente, em matéria de direito matrimonial, reformado em Trento — tem este Concílio notáveis reflexos na história jurídica portuguesa.

Como fonte do direito canónico particular, interessam, ainda, nesta época, as várias *Constituições de bispados*, regras publicadas pela autoridade episcopal e destinadas a ser observadas pelo clero e

1 *Apontamentos, cits.:* Pedimos a V. A. por serviço de N. Senhor e seu *queira mandar vêr a dita obra*, por Letrados que bem no entendão sem suspeita e de Sam Consciencia, entrando nisso duas pessoas por parte dos Prelados do Reyno (...) *Porque se for verdade que as ditas Leys feitas contra Direito Canónico, se não podem guardar sem pecado, se emendem* (...).

2 Nesta matéria, veja-se o estudo fundamental de Marcello Caetano — *Recepção e Execução dos Decretos do Concílio de Trento em Portugal, cit.*.

3 Veja-se Marcello Caetano — *Recepção, cit.*.

fiéis da diocese. Eram também estas *Constituições*, em matéria de pecado, fonte de direito subsidiário, desde que não fossem *contra ius* [1].

Quanto ao *beneplácito régio*, foi ele abolido, em 1487, por D. João II [2]. No entanto, este mesmo monarca e os seus sucessores vão tomar providências várias no sentido de obstar a abusos da autoridade eclesiástica; no reinado de D. José, serão, então, tomadas medidas visando regulamentar, com carácter geral, o *beneplácito régio* [3].

14. *Comum Opinião dos Doutores* [4]. Já atrás se disse que, a partir da vigência das *Ordenações Manuelinas*, passara a *communis opinio doctorum* a ter o valor de fonte de direito subsidiário em Portugal. Recorde-se que, nos termos do § 1 do título V do Livro II, «se o caso de que se trauta em practica nom for determinado por Ley do Reyno, ou Estilo, ou Custume suso dito, ou Leys Imperiaes, ou

1 Gonçalves da Silva — *Comentário e loc. cits.*, e bibliografia aí indicada.

2 Veja-se João Dias Vicente — *D. João II e o Beneplácito Régio em Portugal: A Carta Régia de 1487 (inédita)* in *Itinerarium* , n.º 65, 1969, 351 e segs. e *D. João II e o Beneplácito em Portugal* in *Itinerarium*, n. 85, 1974, 244 e segs.

3 Veja-se, por exemplo, Chaves e Castro — *O Beneplácito Régio*, 46 e segs.; Fortunato de Almeida — *História da Igreja*, tomo III, parte II, 55 e segs..

4 Vejam-se A. Marongiu — *Tiberio Deciani (1509-1582) Lettore di Diritto, Consulente, Criminalista* in *Riv. di Stor. del Dir. Ital.*, Ano VII, 1934, 135-202 e 312-387 e *Legislatori e Giudici di fronte all'autorità dei Giuristi, cit.*; Emilio Bussi — *Intorno al concetto di Diritto Comune*, Milão, 1935, principalmente caps. V e VI; G. Lefèbvre — *Les Pouvoirs du Juge en Droit Canonique*, Paris, 1938, 261 e segs.; W. Engelmann — *Die Wiedergeburt der Rechtskultur*, 204 e segs.; V. Piano Mortari — *L'Argumento ab Auctoritate nel Pensiero dei Giuristi Medievali*, in *Riv. Ital. Sc. Giur.*, 1954, 457 e segs.; L. Lombardi — *Saggio sul Diritto Giurisprudenziale*, 123-124 e 164 e segs.; Ugo Nicolini — *I Giuristi Postaccursiani*, 937 e segs.; Mario Sbriccoli — *L'interpretazione dello Statuto*, 384 e segs; R. Perez-Perdomo — *L'argument d'autorite dans le raisonnement juridique* in *Arch. de Phil. du Droit*, t. XVI, Paris, 1971, 227 e segs.; Pier Giovanni Caron — *La «communis sententia doctorum» nel diritto canonico* in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, (Vol. XXXVIII), 1972 e *Influenza del «Mos Italicus Iuris Docendi» sulla dottrina canonistica della «communis sententia Doctorum»* in *Ius Populi Dei — Miscelanea in honorem Raymundi Bidagor*, Roma, 1972, vol. 5, 14 e segs.; Norbert Horn — *Argumentum ab Auctoritate in der legistischen Argumentationstheorie* in *Fest. für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Götingen, 1978, 259 e seg.; A. Cavanna — *Storia del Diritto Moderno in Europa, I, Le fonti e il Pensiero Giuridico*, Milão, 1979, 152 e segs.. L. Mossini — *Le Citazioni dei Giuristi*, Milão, 1975, é completamente inaproveitável. Na doutrina portuguesa, veja-se Braga da Cruz — *O direito subsidiário*, 247 e segs., em especial nota (73); António M. Hespanha — *Apontamentos, cit.*, nomeadamente págs. 54-56, e o nosso *Humanismo*, 63 e segs.. Também, R. e M. de Albuquerque — *História*, vol. II, 106 e segs.

Santos Canones, entam Mandamos que se guardem as grosas de Acursio encorporadas nas ditas Leys *quando por comum opiniam dos Doutores nom forem reprovadas;* e quando por as ditas grosas o caso nom for determinnado, Mandamos que se guarde a opiniam de Bartolo nom embarguante que alguũs Doutores teuessem o contrario; *saluo se a comum opiniam dos Doutores que despois delle escreueram, for contraira*, porque a sua opiniam comunmente he mais conforme aa razam». De modo substancialmente idêntico se vieram pronunciar as *Ordenações Filipinas* (Liv. III, tit. LXIV, § 1). Também, em toda a Europa, a *communis opinio* assume, nesta época, o valor de fonte de direito; não deixa, porém, de ter interesse apontar que a ordem jurídica portuguesa terá sido uma das poucas — senão a única — que, expressamente, por meio de *lei*, consagrou a subsidiaridade de tal fonte.

Importa sublinhar as grandes linhas da evolução do conceito de *communis opinio*.

Em primeiro lugar, como pano de fundo, está, evidentemente, a ideia de que a opinião da doutrina possui uma certa *autoridade;* em segundo lugar, há a notar que a expressão *communis opinio* começa por designar o sentir, o parecer, em geral, da *multidão;* a partir da segunda metade do século XIII, passa a abranger, também, o parecer dos Doutores e, finalmente, na primeira metade do século XV, monopoliza este significado; além disso, o conceito de *communis opinio doctorum* é, de início, trabalhado essencialmente pelos canonistas. Fixemos a atenção neste último ponto: porque será a doutrina canónica a elaborar, nos seus primórdios, a *communis opinio doctorum?* Em primeiro lugar, talvez se possa dizer que, para tal, contribuíu não haver no *Corpus Iuris Civilis* uma autêntica *sedes materiae*, relativa à *comum opinião*.

O direito romano — como é sabido — chegará a criar uma *Lei de Citações*, canonizará a *auctoritas* de certos juristas, mas não formulou, sequer, os alicerces de uma teoria jurídica da *comum opinião*. Isto para não se falar já do quase anátema que Justiniano lançou sobre a doutrina. Será, pois, com esforço que os intérpretes medievais, com maior ou menor pertinência, irão alegar determinados textos romanos, em fundamento da *communis opinio* [1]. Além disso, a tão conhe-

1 Principalmente, *l. si idem cum eosdem princip. ff. de iurisdictione omnium iudicum* [D. 2. 1. 11. pr.]; *l. 1 in versic. crebrior apud veteres opi. ff. de off. quaesto.* [D. 1.13.1]; *l. 1 ff. de senato.* [D. 1.91]; *l. Athletas. § 1. ff. de his qui notantur infamia* [D. 3.2.4.]; *l. ita vulneratus ff. ad legem Aquiliam* [D. 9.2.51.1.] e *l. cum Aquiliana, versic. interpretatio prudentium ff. de transact.* [D. 2. 15. 5].

cida *l.1.* § *sed neque in versic. cum possit C. de vete. iu.enu. (C. 1. 17. 6.)* não favorecia a formulação doutrinal ao, expressamente, afirmar que «*Sed neque ex multitudine auctorum, quod melius et aequius est iudicatote cum possit forsitan et deterioris sententia et multos et maiores in aliqua parte superare*». Por outro lado, o problema da *communis opinio* só tende a colocar-se, com acuidade, quando começam a surgir conflitos doutrinais, ou, melhor dizendo, conflitos de autoridades. Ora, durante muito tempo, a *auctoritas* da *Glosa* é suficientemente forte para que se não equacione uma questão de conflito de Doutores: não há conflito, porque a autoridade de Acúrsio é superlativa. É só, pois, com um relativo debilitar da autoridade da *Glosa* que se criam condições para o aparecimento da *communis opinio*, qual critério decisório do direito controverso. Panorama algo diferente no *direito canónico*. Em primeiro lugar, a própria natureza da Igreja dá grande relevo aos Doutores e ao ensino tradicional [1]. Além disso — ou mesmo em ligação com esse aspecto — há a considerar a extraordinária atenção que a Igreja concede ao condicionalismo *provável* e não *demonstrativo* que rodeia a acção do homem. Ora *provável*, para Aristóteles — já o vimos — é a opinião partilhada «por todos os homens, ou por quase todos, ou por todos aqueles que representam a opinião esclarecida, e no que diz respeito a estes últimos, por todos, ou por quase todos, ou pelos mais conhecidos e os melhor admitidos como autoridades». E o próprio S. Tomás concordará que «*est autem probabile quod magis veritatem contineat dictum multorum quam dictum unius*» [2]. O paralelismo está à vista. Sem dúvida que — como tem sido observado — «a teoria grega (em particular, aristotélica) do '*provável*' insere-se vital e profundamente na fibra da alma medieval» [3]. Mas não parece temerário aventar que essa influência tem uma primeira e mais directa incidência no campo teológico — em especial na Teologia Moral — daí irradiando, depois, para o mundo do Direito, pela mão dos canonistas. O problema da via a seguir, na acção humana, o critério da *opinione eligenda* — fulcro das tão importantes *sumas penitenciais* [4] — tem, deste modo, a sua raiz moral e, por isso, também, a *communis opinio*, na sua evolução, nunca deixará de acusar um processo de comunicação com essa mesma raiz.

1 Observações neste sentido em Lefèbvre — *Les pouvoirs du Juge*, 265.

2 S. Tomás — *Sum. Th.* II — II, 70, 2c.

3 L. Lombardi — *Saggio*, 165.

4 P. Michaud — Quentin — *Sommes de casuistique et manuels de confession au moyen-âge (XII-XVI Siècles)*, Lille-Montreal, 1962.

Apreciemos, pois, os principais aspectos do tratamento dado pelos canonistas à *communis opinio*.

Comecemos pelo Hostiense. Este autor vai versar a questão no capítulo *Canonum* 1. (X.I. *De consti.* 2) capítulo que, aliás, posteriormente vai servir de *sedes materiae*. Lê-se neste capítulo que — «*Canonum statuta custodiantur ab omnibus. Et nemo in actionibus vel iudiciis ecclesiasticis suo sensu, sed eorum auctoritate ducatur*». Ora, comentando a expressão *suo sensu* dirá o Hostiense que — «*Verum communis opinio semper sequenda est nisi notorie maledicat vel rationabiliter convincatur* (...)» [1]. E, no início do século XIV, João André, a propósito do mesmo capítulo *Canonum*, vai repetir as considerações do Hostiense, sem qualquer alteração ou novidade [2]. Interessa, agora, acompanhando a cronologia, examinar o contributo de Bártolo, para a questão. Desde já se diga que, pelas razões apontadas, esse contributo não é muito grande — Bártolo foi fundamentalmente legista e não canonista. De acordo com o precedente tradicional, que já vinha da Glosa, o jurista de Sassoferrato reafirma *o carácter simplesmente provável* da interpretação dos Doutores — *nullus te cogit stare opinio doctorum* [3]. Mas, a propósito da pena aplicável ao juiz que julgar mal,

1 Analisando o comentário e citações do Hostiense, veja-se Lefèbvre — *Les pouvoirs du Juge*, 271.

2 João André — *In Quinque Decretalium Libros Novella Commentaria*, Veneza, 1581, in rubr. *De Constutionibus, C. Canonum*, n.º 26: «Communis autem opinio sequenda est, ubi non notorie maledicat vel rationabiliter conuincatur, quod bonus iudex acutissimi ingenij aestimabitur. j. de feriis capellanus (...)».

3 Bártolo — *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Lião, 1538, *l. Inter equitatem, De legibus et constitutionibus principum* [C. 1.14.1], n.os 7, 8, 9 e 10, fl. 32, 1.ª col.: «(...) et bene debes scire quod quedam est interpretatio generalis et necessaria et in scriptis redigenda: (...) et istam potest facere solus princeps ut hic. Quedam est interpretatio necessaria et in scriptis redigenda non tamen est generalis, et istam potest facere quilibet iudex et proferre sententiam procedendo de similibus ad similia, ut dicta l. non possunt licet ista interpretatio sit necessaria et inter ipsas partes et in scriptis redigenda: tamen non est generalis, ut l. nemo. j. de senten. *Tertia est interpretatio probabilis tamen non est necessaria: et potest in scriptis redigi: est interpretatio doct. quia nullus te cogit stare opinio doct. et de ista etiam non loquitur haec lex*». Também, Bártolo — *In secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Lião, 1538, l. bene est, de re. cre. si cer. pet. et de certi. condi. [D. 12.1.1], n.os 19 e 20, fl. 3v.: «(...) hic habetis locum ab autoritate: quia iurisconsultus probat dicta sua per autoritatem Celsi, *sed contra hoc facit quia autoritas doctoris licet sit probabilis non est necessaria:* est l.j.C. de profess. qui in urb. constan. lib. XII. nota C. de legi. 1. I. et ŝ. de legi. l. si de interpretatione. Solu. illa jura loquuntur de doctor simplici; sed Celsus de quo hic loquitur erat doctor et iurisconsultus qui habebat potestatem condendi legem unde et eius interpretatio cum sit necessaria sicut interpretatio principis, institutio. de iure. naturali. § responsa ideo merito potuit allegari».

por imperícia, pode isso acontecer de dois modos. Se julga, expressamente, *contra casum legis*, há ainda uma distinção a fazer: ou o juiz erra *in lege difficili, et obscura*, e é punido mais levemente; ou erra *in facili, et aperta*, e então é punido mais gravemente.

Passemos, agora, à hipótese em que não há *lex*, quando o juiz erra num caso *in quo fuerunt opiniones, quia elegit malam opinione*. Aqui, de novo se abre uma *distinctio:* ou entre as opiniões há uma *quae ab omnibus communiter approbatur, et communiter observatur* e, então, se escolhe outra opinião, não boa, deve ser punido; ou então, existem opiniões tão fortes que, por vezes se observa uma, e, noutras ocasiões, outra, e neste caso o juiz deve ser desculpado, *quia erravit errore probabili, imo propter opiniones lex dicitur incerta* [1].

Como se vê, Bártolo afirma neste ponto que, não havendo *casus legis*, tratando-se, pois, de matéria opinável, é punido o juiz que não escolher a opinião que *ab omnibus communiter approbatur et communiter observatur*. Bártolo, na correcta visão da actividade prudencial do julgador, não se limita a dizer que o juiz deve seguir a opinião por todos comumente aprovada; não, ele acrescenta que tal opinião deve também ser, comumente, observada. É, pois, dado um justo realce à *observantia* [2].

O jurista de Sassoferrato morre, pouco depois da primeira metade do século XIV: a segunda metade do século vai ser dominada pelo seu maior discípulo, Baldo, que faleceu precisamente em 1400.

Baldo vai dar um mais desenvolvido tratamento à *communis opinio doctorum* que o feito pelo seu Mestre. Mas esse tratamento, pelas razões já expostas — verifica-se num Baldo — canonista e não num Baldo — legista. Baldo ocupa-se da questão na tradicional *sedes, De constitutionibus, c. canonum*, apoiando-se no Hostiense e, principalmente, em João André. Depois de, escudado na autoridade deste último, afirmar que, nos casos dubitáveis (ou seja, nos não determinados por lei) ocorre ter *iudicem gratiosum*, acrescenta, porém, que se devem precaver os juizes para que não escolham a opinião menos razoável. Mas, a seguir vem dizer que são desculpados os juizes «*si sequuntur opinionem communem nisi notorie sit irrationabilis seu falsa secundum Hosti. quod tene menti.* Depois cita o comentário de Jacopo

[1] Bártolo — *In Secundam Codicis Partem Commentaria*, Lião, 1581 in l. 2.C.7.49, n.º 2, pág. 74.

[2] Bártolo vai, igualmente, tratar com bastante desenvolvimento da *communis opinio* no significado de *opinião geral*, para a distinguir da *fama* e do *manifestum* ou *notorium* (Bártolo — *In secundam Partem Digesti Nov.* Lião, 1538, in 1. De minore, De quaestionibus, [D. 48.18.10.50, fl. 196].

Butrigario *in l. I. C. qui pro sua iurisdictione*, no sentido de que «*devemos seguir, na dúvida, as opiniões das glosas, que não têm glosas contrárias*»; se, na verdade, há glosas contrárias, «*teneat illam opinionem cui, magis ratio intellectus sui consentit.*» De qualquer modo, o juiz não faz a lide sua, porque necessariamente, tem de escolher, pelo que a necessidade do ofício o desculpa [1].

Baldo vai repetir, praticamente, as mesmas considerações, logo a seguir, ainda no tit. *De constitutionibus*, no cap. *Ne innitaris*. Neste ponto, o aspecto mais significativo está em que, após citar o parecer de João André, no sentido de que, havendo diversidade de opiniões, surge uma justificação desse facto, dizendo-se que a «*opinio communis habet vim consuetudinis, ut ff. de legi. si de interpretatione*» [2].

Como legista, ocupa-se Baldo da *communis opinio* na acepção de *opinião geral*, do *vulgo*. Fá-lo — como Bártolo — nomeadamente a respeito das relações entre *communis opinio* e *fama*, ainda que versando a questão em diferente *sedes materiae* [3].

Pode, pois, dizer-se, resumindo, que Baldo também aponta o dever prudencial de aderência à *communis opinio*, a menos que — de acordo com o tradicional ensino do Hostiense — ela seja *irrationabilis*

[1] Baldo — *Super Decretalibus*, Lião, 1547, *De constitutionibus*, C. *canonum* n. 14, fl. VIII: «Extra no. secundum Joan. and. quod expedit habere iudicem gratiosum in arbitrariis tamen caveant iudices ne eligant opinionem que minus habet rationis. Judex succedit loco legis et vocatur princeps et ideo in non determinatis a lege habet arbitrium simile in rebus determinatis, ff. de testi. l. scio.

Excusantur autem si sequuntur opinionem communem nisi notorie sit irrationabilis seu falsa, secundum Hosti. quod tene menti. Dicit Jacob. butr. quod debemus sequi in dubio opiniones glossarum que non habent glosas contrarias ut ipse no in l.I.C. qui pro sua iurisdictione et facit di. domino Sancto ubi vero essent glo. contrarie teneat illam opinionem cui magis ratio intellectus sui consentit nec propterea facit litem suam quod habet necesse eligere: unde necessitas officij eum excusat ar. ff. ad sille. 1. si qui si gravi § si cum omnes adde quod dicam in eo C. ne innitaris».

[2] Baldo — *Super Decretalibus, cit.*, De constitutionibus, C. *Ne innitaris*, n. 5 e segs., fl. X: «*Dicit Jo. an. quod in diversitate opinionum debemus sequi opinionem communem, quia opinio communis habet vim consuetudinis*, ut ff. de legi. si de interpretatione. Item caueant iudices ne in dissentione opinionis eligant eam que minimum habet rationis quia ratio naturalis se ipsam ostendit et veritatem occultam non finit: tamen non debet dici ratio nisi sit bona ut no. ff. de le. non omnium. Item Jo. an. dat unum prudens consilium quod quando opiniones sunt ita diuerse quod in utramque partem potest probabiliter inclinari debet quis conari ut habeat iudicem propitium non dico claudicantem quia iudex et iudicium non debent claudicare ut C. de fal. l. ubi. et C. de proxi. C. Sacro scrini. l. in sacris. li. XII (...) Item quando processus est multum dubius iudex eligendo unam opinionem non facit litem suam: quia non est peccatum ut no. insti. de ob. ex quasi maleficio».

[3] Baldo — *Commentaria in VII. VIII. IX. X. et XI. Codicis lib.*, Turim, 1576, lib. IX. *De accus. et inscrip. l. ea quidem* [C. 9.2.7.].

seu falsa. O que há, de novo, parece ser o trazer para o âmbito da *comum opinião* as «*opiniões das glosas que não têm glosas contrárias*», para tanto invocando a autoridade de Jacopo Butrigário, um dos mestres de Bártolo. O passo de Butrigário, em causa, foi, com muita frequência, sujeito a interpretações forçadas [1]. O que nele se diz, é que se devia seguir a glosa, quando não houvesse uso contra ela; e, em tese geral, afirmava que onde a glosa *firmat pedes* deve ser seguida, a não ser que haja uso em contrário, porque, nesse caso, deve ser afastada, uma vez que a própria lei é posta de lado *propter consuetudinem contrariam*.

Mas o domínio da *communis opinio* vai firmar-se, principalmente, a partir do século XV: impõe-se, por isso, ver o contributo do

[1] Em rigor, o passo de Butrigario *in l. j. C. qui pro sua iurisdictione, in fine* [C. 3.4.1.] afirma que «*licet autem hoc verum sit ego non recederem a glossa, quia* (ou: *quando?*) *usus non est contra eam; ubicumque ergo glossa firmat pedes, serua eam, nisi usus sit in contrarium, quia tunc recedas ab ea, quia etiam a lege receditur propter consuetudinem contrariam*». (*Lectura super Codice*, Paris, 1516, fl. XCIII, 2.ª col.). Não há dúvida, porém, que era forçar o texto, invocá-lo em favor da tese de que a *communis opinio* cedia perante a *Glosa*, e, por isso, F. Décio — *Super Decretalibus*, Lião, 1551, *C. Canonum, De constitutionibus, Prima lectura*, n.º 30, fl. 8, virá notar, com razão, que «*Sed aduertendum est, quia non dicit Iac. Butr. quod opi. gl. praeferatur communi opi. sed quod quando opi. gl. praeferatur, prout Ange. eum refert in d.l.j.* (...)». E, mais adiante, *C.1. de postu. praelatorum*, n.º 41, fl. 353, toma posição expressa no sentido de que a Glosa só deve ser seguida se não existir, em contrário, comum opinião: «Unde dicit Alb. in IIII notab. de fieri. non esse tenendam opi. gl. quia attendi debet communis opi. Verum est, quod opinio gl. plurimum valet respectu aliorum quia omnes alios antecedit (...) Adeo opinio gl. praeualet opinioni Innocentii ut dicit Inno. (...) Et hoc modo intelligitur dictum Ia. Bu. in l.j.c. qui pro sua iurisd. ubi dici non esse recedendum ab opinion. glo. quando firmat pedes (...). Nam hoc est verum, nisi communis opi. fit in contrarium. Et ideo dicit Cuma. in consilio xl. quidam filio non recedendum ab opi. glo. quando est roborata authoritate multorum». A este respeito, veja-se o nosso trabalho *O Direito Subsidiário num Comentario às Ordenações Manuelinas, 23, nota (46)*. Mas o passo de Butrigário suscitava, ainda, outras dificuldades, dado que parecia existir mais de uma versão. António Maria Corazzio — *Tractatus de Communi Opinione*, Perúsia, 1572, Lib. I, Tit. IIII, n. 2, fl. 23 v. após apontar o parecer de que a Glosa, aprovada por um qualquer Doutor, constituía opinião comum, e ser este o sentir de «las. in l. ut vim col. pen. in fin. sub num. 34 ff. de iust. et iure, Thom. Ferrat. in trac. cautel. in caut. 17. magna est quaestio. n. 2 et Valentin. Forster in tract. de Success. ab intest. in tit. de success. nou. im. ascenden. in 4. fundamen. vers. bartoli vero auctoritas fl. 267», todos eles apoiando-se no comentário de Butrigário, vinha afirmar que este Autor não dizia o que lhe imputavam, mas simplesmente — «ego non recederem a Glosa, quia usus non est contra eam ubicumque ergo Glosa firmat pedes, serua eam nisi usus sit in contrarium». Acrescentava Corazzio — «*Haec sunt formalia eius verba*». Todavia acha-se diferente versão do comentário de Butrigário no *Repertorium* de Bertachino e no *De autoritate* de Jacobus Gothofredus (Cf. Lefèbvre — *Les Pouvoirs du Juge*, 290, nota 1). Mas não podemos aprofundar, aqui, o assunto.

grande canonista Nicolau Tedeschi, mais conhecido como Abade Panormitano. Vai ele tratar do problema no habitual *C. Canonum*, começando por distinguir a posição do juiz perante a *dúvida nova* ou frente a *dúvida assente nas opiniões dos Doutores*. Deixando o primeiro caso, fixemo-nos, assim, no segundo caso, *quando dubium est positum in opinionibus doctorum*. Em tal hipótese, diz o Panormitano, há que encontrar a comum opinião, não devendo o juiz dela afastar-se; a razão está em que «*comummente a maior parte investiga melhor a verdade*». Fundamentava-se, ainda, Panormitano no ensino de Hostiense e de João André, ao dizer que deve ser seguida a *communis opinio*, a menos que — surgia a costumada ressalva — ela fosse evidentemente falsa ou pudesse ser convencida com razões prováveis. Era neste ponto — relativamente à possível falsidade da comum opinião — que Panormitano, pela primeira vez, e com consciência disso, invocava um texto muito importante, que acima referimos, a *l.1.* § *sed neque. C. de veter. iu. enucl.* (C. 1.17.6). Era o texto oportuno: efectivamente — como vimos — nele se diz que a solução melhor e mais équa se não deve julgar «*ex multitudine auctorum*», uma vez que «*possit unius forsitan et deterioris sententia et multos et maiores in aliqua parte superare*». E, sentenciava Panormitano «*sepe deus reuelat paruulis quod abscondit sapientibus*» [1].

Se não ocorre comum opinião, então Panormitano sugere a conhecida receita — «*bonum est habere iudicem propitium, quia potest sequi quam vult*». Estas considerações, ainda com uma maior acentuação no aspecto da *racionalidade*, vão ser repetidas no *C. cum sint, De decimis primitijs et obla.* [2]. Muito importante, também, é o comen-

[1] Abade Parnomitano — *Commentaria seu Lecturae, Prima parte Super Decretalibus*, Lião, 1527, *C. canonum, De constitutionibus*, n. 15, fl. 240: «Secundo casu principali: quando dubium est positum in opi. docto. tunc est opus referire communem opinionem, tunc non debet iudex ab illa recedere (...) et *communiter maior pars melius investigat veritatem*. Hoc verum secundum Host. et Io. an. quod non licet recedere a communi opi. doc. *nisi communis opi. sit evidenter falsa vel posset conuinci probabilibus rationibus:* quod bonus iudex acutissimi ingenij arbitrabitur arg. in C. capellanus. de ferijs. et no. hoc dictum perpetuo. *Pro quo soleo allegare text. singu. iudicio meo in l.j.C. de vete. iu. enucle. ver. sed neque ubi tex. dixit quod ex multitudine auctorum non est iudicandum quia possit unius forsitan et deterioris sententia multos et maiores in aliqua parte superare*».

[2] Abade Panormitano — *In Tertium Decretalium*, c. *cum sint, De decimis, primitijs et obla.* n. 3, fl. 205 v.: «Secundo not. quod ubi datur opinionum conflictus difficile est proferre sententiam: et in hoc casu recurrendum est ad consuetudinem loci, nam consuetudo interpretat legem dubiam (...) quando opinio. hinc inde sunt probabiles alias autem potest quis seq. opi. singularem contemnendo communem: ut no. dicit Jo. an. in. c. 1. de consti. ubi fin. dicit quod si communis opinio est evidenter falsa vel potest

tário sobre o *C. capellanus, De feriis.* Aí, começa Parnomitano por afirmar que, entre várias opiniões, deve ser seguida aquela que se firma em melhor e mais subtil razão. Porquê? Porque se não deve olhar à qualidade da pessoa que defende uma opinião, mas sim à sua razão. Como se vê, enuncia-se uma clara contraposição entre *autoridade* e *razão*, com supremacia desta última. Ora, a partir desta premissa, é fácil, volvendo os olhos para o Direito, atacar aqueles que sustentavam ser de acatar, em qualquer caso, a *autoridade* da *Glosa*. É o que vai fazer o Panormitano: apontando o referido aspecto de se dever atender, não à *qualitas personae*, mas à *ratio*, afirma que tal «*facit contra illos qui dicunt in disceptatione opi. sequendam semper esse opi. glo. quod mihi non placet*»; e, como apoio textual, mais uma vez se arrima a *C. 1. 17. 6* citando, ainda, João André no comentário ao c. *canonum* [1].

Temos estado, até agora, a falar da *communis opinio doctorum*, sem preocupação de fixar o que, rigorosamente, por ela se entendia. Abordemos, pois, o problema do seu conceito [2]. De acordo com um primeiro critério — meramente *quantitativo* — seria *opinião comum*, aquela que fosse sustentada por um maior número de intérpretes: como dizia um jurista do século XVI, Tibério Deciani — «*communis interpretatio debet constare per plures et plures sententias*».

O critério meramente quantitativo vai ser alvo da crítica do racionalismo quinhentista. Nesta tendência, um professor de Coimbra, Aires Pinhel, apontando a *miséria* a que chegara a ciência do Direito, lamentava que «*as opiniões mais se contassem, que pesassem*»: [1] a *qualidade* não deveria ser vencida pela *quantidade*, o *número* não se deveria sobrepor à *razão*. Por isso, defendendo-se um critério *qualitativo*, dizia-se dever ser considerada *communis opinio*, não a que tinha por si o maior número de intérpretes, mas sim a que reunia a concordância dos juristas mais renomados — «*communis opinio est quae graviores habet auctores*», na definição do italiano Céfalo.

No entanto, havia, ainda, quem melhor concretizasse o critério qualitativo, afirmando que a *communis opinio* se devia colher no parecer de jurisconsultos ilustres, mas que se tivessem ocupado *ex professo* do problema, em causa, discutindo os argumentos *pro* e *contra*, concluindo, fundadamente. No apuramento da *communis opinio* não deviam concorrer os juristas que, incidentalmente, sem discussão, tivessem exposto o seu modo de ver: tal era a opinião do canonista de Coimbra Mestre Martinho d'Azpilcueta (Navarro) [2], de um dos maiores humanistas italianos, André Alciato [3] e, depois,

conuinci ratione probabili potest iudex eam contemnere per hoc adduco tex. no. l.j.C. de vete. iure enucle. ubi dicitur quod ex multitudine autorum non oportet nos iudicare: quia sepe sententia unius etiam deterioris potest plures meliores in aliqua parte superare». E, no n. 4, continua: «in re dubia recurrendum est ad rationes naturales. Nam deficiente iure scripto debemus recurrere ad rationem naturalem ut est text. cum glo. in c. consuetudo, j. dis. et in l. scire § sufficit ff. de ex. tn. not. Jo. an. in c. pastoralis de fi. instru. facit C. II. requiris in. fi. S. de ap.».

1 Abade Panormitano — *Commentaria, cit., Super prima secundi, De feriis, c. capellanus*, n. 3, fl. 207v.: «Not. quod inter plures opi. illa sequenda est quae nititur meliori et subtiliori ratione quod no. bene: non ergo debet habere respectus ad qualitatem persone illam opinionem foventis: sed ad illam rationem quod facit contra illos qui dicunt in disceptatione opi. sequendam semper esse opi. glo. quod mihi non placet: et per hoc est text. nota, valde in l.j.c. de vete. iur. enu. (...). Depois, cita João André «in c.j. de consti. ubi dicit communem opinionem sequendam nisi notorie dicat male: vel rationabiliter conuinci possit (...) et ad hoc alleg. hoc. cap. quod bene facit: sed melius facit d. l. quam ego supra induxi ubi videtur hoc probari (...)».

2 É no século XVI, que aparecem algumas obras dedicadas ao estudo do conceito da *communis opinio* e outras em que, geralmente por ordem alfabética, se faz uma recolha das *opiniones* existentes nos vários pontos de Direito. Entre as primeiras, citem-se António Maria Corazzio — *Tractatus de Communi V. I. Doctorum Opinione constituenda, attendenda et poenis recedentium ab ea;* Macagnano Azzoguidi — *De Communi Opinione* e J. Nevizzano — *Sylva Nuptialis*. São mais numerosas as obras do segundo tipo de que, a título de exemplo, se indica o *Thesaurus Receptarum Sententiarum quas Vulgus Interpretum Communes Opiniones vocat*, Veneza, 1568, do português Manuel Soares da Ribeira. A obra — síntese, em que se compendia tudo o que de fundamental até então se produzira, é o *Syntagma Communium Opinionum sive Receptarum Sententiarum ad instar Codicis Iustiniani in titulos redactum*, Lião, 1584, 3 vols. Para uma visão de conjunto é, ainda, muito útil a consulta de A. Duck — *De usu et authoritate Iuris Civilis Romanorum*, Londres, 1653, Liv. I, Cap. VIII (na edição de Nápoles, 1719, 92 e seg). Comentando estes tipos de literatura jurídica, relativa à *communis opinio*, veja-se L. Lombardi — *Saggio*, 166-169.

1 Aires Pinhel — *Ad Constitutiones Cod. de Bonis Maternis*, Coimbra, 1557, parte III, Liv. I, n. 93, pág. 400: «Ne quisquam incuset tam curiosam allegationem, nimiamque solicitudinem *in numerandis doctoribus quum ad ea tempora eamque miseriam devenerit iuris prudentia, ut sententiae magis numerentur quam ponderentur* (...)». Veja-se o nosso *Humanismo e Direito em Portugal no Século XVI*, 256 e segs.

2 M. d'Azpilcueta — *Manuale Confessariorum et Poenitentium*, cap. XXVII n. 289 (na ed. de Roma, 1584, 1008-9): «*Communiorem enim ad hoc existimarem illam, quam sex vel septem Authores classici rem ex professo tractantes asserent, quam probatam a 50. sola fere authoritate priorum ductis. Opinio enim communis non ex numero opinantium, sed ex pondere authoritatis fit* (...)». Esta versão não surge nas primeiras edições do *Manuale*.

3 A. Alciato — *Regula I praesumptionum*, praes. 51 n. 2 t. 4, col. 751 (referido em Bussi — *ob. cit.*, pág. 44): «intelligo *communem opinionem illam esse non quae plures habeat autoritates simpliciter, sed quae plures grauiores habeat autores* (...) *ubi tales autores firmant illam opinionem, disputando et arguendo circa ipsius veritatem. Et deinde se resolvendo*».

defendida, também, entre nós, por Manuel Ribeiro Neto [1], Manuel Gomes Cardoso [2], Agostinho Barbosa [3], Baptista Fragoso [4], Feliciano de Oliva e Sousa [5], Mateus Homem Leitão [6], Sousa de Macedo [7], Diogo Guerreiro Camacho de Aboim [8], João Rodrigues Cordeiro [9], P. de Araújo Neto e Guerra [10] e M. Gonçalves da Silva [11]. O mesmo entendiam os moralistas [12].

Eram estes os principais critérios em disputa: mas outras questões se colocavam, como as de saber se, no apuramento da

[1] Manuel Ribeiro Neto — *Commentaria ad Jus Civile in quibus universa ultimarum voluntatum materia, tam speculative quam practice explicatur*, Coimbra, 1758, Liv. III, tit. XIII, n. 10, 153: «sed licet in hac contestatione recepta sit secunda sententia (...) et multo plures doctores pro se habeat, quia tamen non est tuenda opinio ex numero scriptorum, sed ex eo, quia fortioribus nititur fundamentis L. I. § sed neque Cod. de veteri jure enucleando, priori sententia accedo».

[2] Manuel Gomes Cardoso — *Analyticus Tractatus de Iure Accrescendi* (...), Lisboa, 1791, Responsum I, n. 3, 28: «dicitur communis opinio in consulendo et iudicando sequenda quae verior est et magis consona principiis iuris, et quae approbata a doctioribus, quamvis numero sint pauciores».

[3] Agostinho Barbosa — *Repertorium Iuris Civilis et Canonici* (obra póstuma, publicada por seu irmão Simão Vaz Barbosa), Lião, 1712, verbete *Doctor*, 60.

[4] Baptista Fragoso — *Regimen Reipublicae, cit.*, Parte I, Livro IV, Disput. X, § III, n. 184, 410.

[5] Feliciano de Oliva e Sousa — *Tractatus de Foro Ecclesiae*, Genebra, 1678, Parte I, Quaest. XII, n. 36, 66.

[6] Mateus Homem Leitão. *De Iure Lusitano*, Tract. 5, Quaest. III, 25, n.º 14.

[7] A. de Sousa de Macedo — *Decisiones Supremi Senatus Justitiae Lusitaniae*, Lisboa, 1660, (consultou-se a 3.ª ed., Lisboa, 1699) dec. XXII, n. 31, 73 e dec. IX, n. 26, 27. Nesta última se afirma que o «*doctor distinguens proximum est veritati*».

[8] Diogo Guerreiro Camacho de Aboim — *De Inventario, cit., ad secundam partem Rubricae*, ns. 75, 76, 77, 61, e n. 84, 62. Sobre o «*doctor distinguens*», ns. 111 e 117, 65.

[9] João Rodrigues Cordeiro — *Dubitationes in Foro Frequentes* (...), Coimbra, 1712, Parte II, Tract. IV Dubit. XLVIII, n. 84, 180. Segundo este autor, a opinião que não responde às objecções contrárias deve ser considerada «*opinio voluntatis et non intellectus*».

[10] P. de Araújo Neto e Guerra — *Commentaria, cit.*, ad tit. 3, Glosa IV, Sectio II, Controversia VIII, n. 7, 310; sobre o «*Doctor distinguens*», ad tit. I, § 1, glosa II, Controversia IV, n. 7, 22.

[11] Manuel Gonçalves da Silva — *Commentaria* e *loc. cits.*, asseverando que a «*opinio distinguens magis videtur ad veritatem accedere, et ideo praevalere debet*».

[12] Bento Pereira — *Promptuarium Theologicum Morale* (...), Pars Prior, Lisboa, 1671, Tractatus II, Sectio IV, Quaestio I, n. 50, 15: «*opinio communis (ut docet Sanch. l. 1, Dec. 9, C. 9, n. 9) non dicitur ex auctorum numero qui primorum vestigia instar avium sequentes, nulla discussione praemissa, eam affirmant; sed communis dicetur si pauciores doctores habeat, qui utriusque partis rationibus discussis et perpensis, illam astruant. Est igitur communis opinio (...) quae a doctioribus eam ex professo tractantibus communiter defenditur*».

communis opinio, se deviam as opiniões, de preferência, colher em *comentários e tratados* ou *consultas e pareceres*, se, em certas matérias — nomeadamente espirituais — se deviam, ou não, antepor os *canonistas* aos *legistas*, ou, ainda, se se deviam preferir os autores *mais antigos* ou *mais modernos* [1].

No que diz respeito ao problema da *communis opinio*, em Portugal, cumpre dizer que, como se viu, o critério qualitativo de Mestre Navarro, tende em linha geral, a afirmar-se; por outro lado, o peso da *glosa de Acúrsio* e da *opinião de Bártolo* é, de tal modo, grande que a prática tem, por vezes, dificuldade em reconhecer a existência de uma «opinião comum» contrária à daqueles juristas [2]. Tal facto, terá chegado a gerar a convicção — em clara afronta às *Ordenações* — de que a «*opinião comum*» só constituía fonte de direito, no nosso país, na ausência de parecer de Acúrsio ou de Bártolo. Com efeito, nas Cortes de 1619, diz-se num dos capítulos dos procuradores do Porto que «Tendo Vossa Magestade Mandado por suas ordenações *que os casos que não estiverem determinados por ley do reyno, ou costume, estillo delle, ou leys imperiaes: ou sagrados canones, ou glosas de Acursio, ou opinião de Bartolo se julguem e determinem pella opinião commum dos Doctores*, vierão elles a ser tam varios no que em alguas cousas sentirão que andão impressas algũas opinioens cômuas contra outras cômuas, de que nasce vir a estar na vontade e arbitrio dos julgadores a decisão de muitas cousas de importancia. Pedimos a Vossa Magestade que haja por bem mandar que as *questoens que custumão ordinariamente ser de mais importancia se decidão, e determinem por ley, para que seus vassalos se não metão em demandas que pendem do mero arbitrio dos julgadores*» [3].

Há, na verdade, alguns aspectos a salientar neste capítulo. Em primeiro lugar, está o facto, atrás referido, de se deturpar a posição da *communis opinio*, na hierarquia das fontes, dizendo-se ser ela só de aplicar quando Acúrsio ou Bártolo se não pronunciassem [4]. Em segundo lugar, o apontar-se a existência de incerteza no diagnóstico da *communis opinio*, tão grande «*que andão impressas algũas opinioens*

[1] Neste ponto, veja-se A. Duck — *De usu et authoritate*, 100 e segs..

[2] Vejam-se os passos de Gonçalo Mendes de Vasconcelos Cabedo e de Caldas Pereira, que referimos no nosso *Humanismo*, 339, nota (23).

[3] Pode ver-se a transcrição do capítulo in António de Oliveira — *A Livraria de um canonista do século XVI*, Coimbra, 1966 (*separata da Rev. da Univ. de Coimbra*, vol. XXII) 20, nota (71).

[4] Note-se, aliás, que esta mesma interpretação se acha em António Mendes Arouca — *Adnotationes*, Tomo I, ad Lib. I tit. 3, de Legibus, L. 11, 63.

cômuas contra outras cômuas [1], *de que nasce vir a estar na vontade e arbitrio dos julgadores a decisão de muitas cousas de importancia*» [2]; é o tribunal que conduz a opinião comum. Enfim, é de notar o desejo de, por *via legislativa* [3], se ver terminado esse estado de dúvida.

Não surgiu, todavia, qualquer reforma, e, por isso, nos séculos XVII e XVIII, até à Lei de 18 de Agosto de 1769, vai a *communis opinio*, no mesmo condicionalismo, continuar a ter o valor de fonte de direito subsidiário.

15. *A probabilidade como regra prudencial.* Ora bem. Examinámos o evoluir duma *autoridade individual* — Acúrsio, em especial — para uma *autoridade colectiva* — a *communis opinio doctorum*. De qualquer forma, *auctoritas* simplesmente *provável*, não se cansam de repetir os autores.

Mas, como se passa, então, do reconhecimento de que a *doctorum interpretatio* é simplesmente *provável*, à afirmação de que *in iudicando et consulendo non est recedendum a Glossa* (e, depois, *a communi opinione)?*

Julgamos que este ponto fulcral, nem sempre tem sido devidamente analisado. Há que, preliminarmente, distinguir dois aspectos:

[1] Parece haver, aqui, referência ao *Speculum Practicarum et Variarum Communium contra Communes*, 4 vols., Toledo, 1599 (nalgumas edições, denomina-se *Speculum Aureum)* do espanhol Jerónimo de Cevallos, obra na qual o seu autor, a propósito de problemas vários, faz a recolha de opiniões contrárias, todas elas reclamando-se da qualificação de *comuns*. Esta obra, que causou funda impressão, ainda no século XVIII, em Itália, era apontada como a melhor prova da desorientação a que chegara a ciência do direito. Dizia L. A. Muratori, nos célebres *Dei Difetti della Giurisprudenza* (cap. IV); «A me basta che egli meco venga per dare un occhiata all'opera di un famoso scritore spagnuolo. Intendo io dello *Speculum Aureum* di Gerolamo Zevallos o sia Coevallos o Zevaglios, come dicono gli Spagnuoli, il quale coll'aver solamente radunato le opinioni comuni *contro le comuni, ne formò quattro tomi* in folio (...) dico bene che *niuna più d'essa è bastevole a sommamente discreditar la giurisprudenza d'oggidì, da che egli ce la fa vedere così discorde ed incerta nelle sue sentenze e ce la rappresenta come un campo di battaglia di chi sempre combatte senza che mai apparisca chi abbia da essere vincitor e o vinto*». Cevallos, hoje, é mais conhecido por ter sido retratado por «El Greco».

[2] A crítica vai ser retomada com grande vigor, na época do Iluminismo. Conforme salienta L. Lombardi — *Saggio*, 191, nota (194) são, neste contexto, altamente significativas «obras como a de Iacopo Menochio — *De arbitrariis iudicum, quaestionibus et caussis*, Florença, 1572, que procurava precisamente dirimir um grande número de causas «*arbitrárias*», nas quais os próprios teóricos se remetiam, em geral, à prudência do juiz».

[3] Sobre a *via legislativa*, como meio de terminar as controvérsias, veja-se o interessante estudo de Alejandre Guzmán — *Decisión de controvérsias jurisprudenciales y codificacion del Derecho en la época moderna* in *A.H.D.E.*, Madrid, 1980, 851 e segs.

o *saber-puro*, a *sofia*, a *sapientia* e o *saber-agir*, a *fronésis*, a *prudentia* [1]. Ou, se se quiser, o *especulativo* e o *prático*.

No campo do *saber-puro*, — já o vimos — existe radical diferença entre *scientia* e *opinio:* a *verdade* constitui o objecto da *scientia;* o *provável*, da *opinio*. Todavia, deve considerar-se que a *scientia*, o conhecimento científico que se apoia no silogismo *demonstrativo*, existe, em especial, no mundo físico; no campo da *praxis*, da moral, do agir humano o mais comum é não se ultrapassar o estádio da *opinião*, do *provável*. Sendo assim, ou se cai num cepticismo ou, então, ter-se-á de admitir que, no campo da *praxis*, a regra de conduta será, muitas vezes, encontrada na *probabilidade*.

Como diz Deman, num passo muito significativo, — «Autant ces théologiens (medievais) ont refusé de se contenter de l'opinion sur le plan de la connaissance scientifique, autant ils ont acueilli la probabilité comme directrice immediate de l'action. La décision en dépend chez eux d'un sentiment très aigu de la contingence du particulier où ils savent bien que se déploie l'action. Ce sentiment ils l'ont hérité de la tradition classique et singulièrement d'Aristote car on sait combien insiste le philosophe en ses *Éthiques* sur la nécessité ou l'on est alors de s'en tenir à une certitude d'un rang plus modeste et qui n'a plus rien de la rigueur ni de l'infaillible précision des mathématiques» [2].

Entendamo-nos: a probabilidade não é, em si mesma, um valor. Também, no campo dos *mores*, há uma *verdade*. Simplesmente, perante a impossibilidade de a *verdade* ser objecto de *demonstração*, há que aceitar a *opinião*, o *provável*. Mas probabilidade esta que — como bem acentua Deman — se acha completamente penetrada da ideia de verdade. Opinião provável é, pois, aquela que, pela possibilidade de verdade que comporta, é digna de obter a adesão do espírito. E onde se vai encontrar o *provável?* Responde S. Tomás — «*Quia enim syllogismus dialecticus ad hoc tendit, ut opinionem faciat, hoc solum est de*

[1] Entre nós, Sebastião Cruz — *Direito Romano*, 282 e segs. Não interessa, aqui, o *saber-fazer*, a *técnica*.

[2] Th. Deman, v. *Probabilisme*, in *Dictionnaire de Théologie Catholique*, Paris, 1936, col. 431. S. Tomás (*Summa Theol.*, I, II.ae, q. 91, a. 3, ad 3) afirma: «*ratio practica est circa operabilia quae sunt singularia et contingentia, non autem circa necessaria sicut ratio speculativa. Et ideo leges humanae non possunt illam infallibilitatem habere quam habent conclusiones demonstrativae scientiarum*». E conclui: «*Nec oportet quod omnis mensura sit omni modo infallibilis et certa, sed secundum quod est possibile in genere suo*». E na q. 105 a.2, ad3 declara: «*In negotiis humanis non potest haberi demonstrativa probatio et infallibilis: sed sufficit aliqua conjecturabilis probabilitas secundum quam rhetor persuadet*». (Cfr. Danilo Segoloni — «*Practica*», «*Practicus*», «*Practicare*» *in Bartolo e Baldo* in *L'Educazione Giuridica, II: Profili storici*, Perúsia, 1979, 72-73 e 103, nota 73).

intentione dialectici, ut procedat ex his quae sunt maxime opinabilia, et haec sunt ea, quae videntur vel pluribus, vel maxime sapientibus» [1].

E, aqui, estamos de novo, em Aristóteles.

Temos, pois, que a *probabilidade* — no campo especulativo — se torna regra de conduta — no campo da *praxis*. Forçando as palavras: o *provável* especulativo, como que se torna *necessário* prático [2]. A esta luz, tem a sua natural explicação a frase translatícia de que *in iudicando et consulendo* não deve o jurista afastar-se da *Glosa* (e, mais tarde, da *communis opinio*). *In iudicando et consulendo* porque aí está, na sua plenitude, a *praxis* do Direito: quem julga não se limita a dizer qual é o Direito, aplica-o. E ao *iudicare*, se o caso é dúbio, ele deve conformar a sua conduta, o seu *agere*, à *probabilidade de verdade* que é representada pela *Glosa (ou communis opinio)* cuja *auctoritas* é máxima. E quem é *consulente* — quer se trate de *consilium* a *iudex*, quer de *consilium* de parte — aconselha alguém a *agere*. *Agere* que será um acto de julgamento ou conduta que se tem de admitir que venha a ser objecto de um acto de julgamento. E, por isso, também aqui, o *consilium* se deve adequar à *probabilitas*.

Não assim, *in legendo, in disputando, in scholis*, no ensino magistral [3]. Aí, o mestre acha-se no momento dialéctico da procura da

[1] S. Tomás *In I Post Analyt.* c. 31, n. 258. Sobre o passo, veja-se Edmund F. Byrne — *Probability and Opinion*, 153.

[2] Como dirá F. Suarez — *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*, Lião, 1619, Lib. VI, cap. I, n. 5, 370: «Tertio dicendum est, leges humanas etiam admittere doctrinalem interpretationem, quae licet per se non inducat obligationem quia non habet postestatem introducendi legem, *habet tamen suum authoritatis gradum, quo potest interdum esset tam certus, ut inducat necessitatem.* Hoc totum adeo notum est, ut probatione non indigeat: nam haec est humana conditio, ut vix possit homo tam perspicuis verbis sensum suum explicare, quin ambiguitates et dubia nascantur, praesertim quia lex humana loquiter breviter, et in generale, et in applicatione eius ad varios casus in particulari oriuntur frequenter, dubia, propter quae iudicium prudentium, et declaratio doctrinalis necessaria est (...)». E, a seguir, diz-se: «De hac igitur interpretatione certum est non habere vim legis, quia non procedit a potestate iurisdictionalis, sed a scientia et iudicio prudentum et ideo dicimus per se non inducere obligationem. Quia vero in omni arte iudicium peritorum in illam magnam inducit probabilitatem, ideo etiam in hac legum humanarum interpretatione haec doctrinalis interpretatio magnum habet authoritatis pondus. In quo varij gradus esse possunt: nam si in alicuius legis intelligentia omnes interpretes conueniant faciunt humanam certitudinem, et regulariter loquendo, etiam inducent obligationem seruandi legem, et utendi illa in praxi iuxta talem interpretationem».

[3] Com toda a clareza, o francês Cláudio Seyssel: «*Illud tamen, quod praedictum est, debere seruari opin. glos. procedit in iudicando, et consulendo. Sed in disputando non est curandum de opin. gloss. (...)*». [*In l. ut vim. ff. de iustitia, et iure*, apud *Repetitionum in Varias Iuris Civilis Leges (...) In Prima Parte Digesti Veteris a Pompeio Limpio nuper compilatus*, Vol. I, Veneza, 1608, fl. 45v., n. 131].

verdade do texto; aí, há que disputar, *liberaliter*, tentando, sempre, uma maior aproximação da verdade, na discussão incessante do *pro* e do *contra;* aí, caberá, inclusivamente, demonstrar que a *auctoritas* da *Glosa* (ou *communis opinio*) não é merecida; aí encontramos o pleno fundamento de que a *doctorum auctoritas* é simplesmente *probabilis*.

É esse facto — a diferença entre os dois planos — que explica que, muitas vezes, após, com fadiga, o intérprete apontar a obscuridade do texto, a dificuldade em encontrar o seu genuíno sentido, acabará por, simplesmente, dizer que, na prática, será de seguir a *Glosa*. Repare-se num passo de Cino, nada suspeito de favoritismo para com Acúrsio. Diz ele: «*In veritate adhuc est obscurum... Tu autem elige, quod plus placet. Sed si ego essem judex de medio, non discederem in hoc articulo a Glosa, qui illum reputarem incertum casum*» [1].

De notar que, no plano dialéctico da busca da interpretação correcta, há como que um desespero — *Tu autem elige, quod plus placet*. Mas, passando do *especulativo* ao *prático*, ao *agere* — *si ego essem judex* — porque o caso é incerto, dúbio, o Cino, hipotético juiz, não se afastaria da Glosa [2].

E é dentro desse mesmo aspecto *prudencial* que, em muitos casos, se dirá ser *mais seguro* adoptar a opinião da Glosa, ou ser *perigoso* abandoná-la [3].

16. *Apreciação geral do sistema de fontes nesta época.* Importa, tentar uma síntese do modo como, nesta época, evoluíram as *fontes de direito*.

[1] Cino *in VII. C. de sentent. quae pro es.* referido em Engelmann — *Die Wiedergeburt*, 197.

[2] Veja-se, também, um passo de Rafael Cumanus, jurista que morreu em 1427. Cumanus está tratando da questão de saber se o «*nepos ex filia materna dotem et legitimam imputet*». Ora, diz ele, «*quamvis in scholis soleat mihi placere pars affirmativa, consulendo tamen a communi opinione non discessi*». (*Consilia*, Trento, 1521, Cons. LXXXVI, fl. XXXIII, V. 1.ª col.).

[3] Rafael Fulgosio, *D. V. de leg. l. non possunt*, n.º 2: «Si autem non sit clarum, non procedat per simile, *quia periculum potest esse:* unde in foro sequere sententiam glossae *tanquam tutiorem*»; *D.V. de neg. gestis, l. si pupilli* § *videamus:* «*tutius tamen est sequi glossatorem*»; Baldo, *cons. V.C.* 169, n.º 3: «sed quia in judicando *non est tutum recedere a glossa ord.* (...)». *Cons. V.C.* 175, n.º 6 a. E.: «Quaestio ista est ita dubia, quod non mirum, si in ea doctores variant. Tamen non puto *bene tutum recedere a communi opinioni glossarum* (...)». Angelo, *cons.* 178: «Et licet judici in tam dubiis eligere potissime partem saniorem (...) Nec enim judicando a sententia glossatorum quis recedit *secure* (...); R. Fulgosio, *cons.* 96, n.º 2: Et cum haec sententia glossatoris et tot et tantorum virorum doctorum auctoritate suffulta videtur, *tutius et securius et consultius* eam fore sequendam in judicia». Cfr. Engelmann — *Die Wiedergeburt*, 191 e 201.

Verificámos que, formalmente, desde a entrada em vigor das *Ordenações Afonsinas* até ao fim do período que estudamos isto é, durante cerca de três séculos, se mantém um mesmo sistema de hierarquização de fontes, com a única alteração de se haver introduzido a *communis opinio*, tutelando a *glosa de Acúrsio* e a *Bartoli opinio*.

Pode, assim, dizer-se que, durante todo esse tempo, a matéria temporal vai ser, praticamente, regida pelos direitos *português* e *romano;* constituirá o direito português a *regra*, uma vez que, no imperativo das *Ordenações*, só se deverá recorrer ao direito comum, na falta de direito pátrio. Sabemos já, também, que o direito português, codificado nas várias *Ordenações*, não formava um todo orgânico, dado que fora legislado tendo como pressuposto a vigência do direito comum. De um modo geral, o rei legislara para esclarecer, ou contrariar regras de direito justinianeu: nomeadamente, no âmbito do direito privado, a lei nacional surgira como tomada de posição, frente ao direito comum. Deste modo, ao menos substancialmente, quase pode dizer-se que o direito romano constituíra a regra, e o pátrio, a excepção.

Mas — como, mais de uma vez, se insistiu — a adaptação do direito romano às sociedades políticas da Europa moderna requeria enorme esforço, que ia sendo suportado pela *communis opinio*. Não era, porém, fácil saber, muitas vezes, qual a *«communis opinio»* existente, até pela mole de livros e Autores que, graças à descoberta da imprensa, era indispensável consultar [1]; além disso, os juristas — intérpretes criadores — estudam o direito romano, tendo em vista as necessidades dos vários condicionalismos locais europeus [2].

1 G. V. Winther — *Pathenius Litigiosus sive discursus politico-juridicus*, Verona, 1627, lib. 2, cap. 5, § 20, 39, falando de toda esta literatura jurídica, dizia: «Huc accedunt infinitas glossae, lecturae, fallentiae regularum, practicae, gemmae, sylvae, summae, notae, formulae, clausulae, cautelae, methodi, commentarii, loci communes, institutiones, analyses, varias lectiones, illustres quaestiones, decisiones, resolutiones, disputationes, lucubrationes, annotationes, interpretationes, repetitiones, enuclationes, conciliationes, refutationes, opiniones communes, communiores, communissimae, observationes, conclusiones, paratila, synopses, lexica, repertoria, exercitiis, semestria, miscellanea, collectanea, singularia, consilia, responsa, syntagmata, apotelesmata, et infinita eiusdem farina scripta quae infinitas nobis lites reliquerunt». O passo é citado por A. Guzmán — *Decision de controversias*, 856-857, nota (10).

2 Veja-se João Azorius — *Institutionum Moralium*, Roma 1600, *Quinta Praeceptio*, cap. XIII, col. 147: «Insuper est animadvertendum, habendam esse rationem provinciarum nationum, et gentium: nam solet etiam evenire, ut quae opinio in una provincia, natione, vel gente communis est, in alia recepta non sit. In Gallia enim aliquae opiniones communi consensu docentur, quae tamen in Hispania, vel Italia fere ab omnibus refutantur, et improbantur (...)».

O *«direito romano»* do intérprete português tende a ser diferente do *«direito romano»* do jurista alemão [1]; mesmo dentro de cada nação, compreensível é que os intérpretes nem sempre «adaptem» o direito comum de modo idêntico. Acrescente-se, ainda, repetindo ideia atrás aflorada, que a própria interpretação, por criadora que seja, se não consegue libertar, por completo, do texto.

Assim, frente a uma comum opinião, por vezes dificilmente diagnosticável, nem sempre suficientemente estável, e, não raro, tendo dificuldade em abarcar aspectos novos, sucede que, a partir da segunda metade do século XVI, vai assumir importante papel a jurisprudência dos tribunais superiores do Reino: como se disse, é o tribunal que passa a conduzir a doutrina.

A obra de fusão e construção vai realizá-la, na verdade, o tribunal, com foros de necessidade; com direito claro, ou confuso, o tribunal tem de julgar. Deste modo, a adaptação do direito romano às necessidades do tempo, a criação do direito para aspectos novos vai ser, principalmente, obra dos tribunais superiores, para os quais, agora, a própria doutrina passa a volver a sua atenção. É a jurisprudência que funciona como elemento de estabilidade, perante a incerteza da doutrina [2]. Disso teve, aliás, plena consciência a doutrina do século XVIII, quando afirmava que à *Idade da Glosa* e, depois, da *Opinião Comum*, se seguira a *Idade das Decisões e Casos Julgados* [3].

1 Além de que os intérpretes insistem na atenção que deve ser dada ao direito pátrio, afastando as normas e entendimentos estrangeiros. Assim, Manuel Álvares Pegas — *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, Tomo X, Lisboa, 1689, ad tit. 2. t. 35. cap. 21 n. 187, 141: «Et fortius omnes Regni Doctores qui punctum hoc examinarunt, prout *Phoeb. Barb.* et *Senator Portug.* hanc sequantur opinionem, nullo alio contradicente, cumque Doctoribus Regni fortius sit credendum circa interpretationem suae legis municipalis, quam exteris, ideo potius pro illorum opinione est judicandum, quam pro contraria Hispanorum, qui circa interpretationem suae legis alijs compositae verbis delinearunt: neque aliqualiter moveri valeo, quod secure quaerendi sunt Doctores exteri pro decisione causarum, quando naturales conformes reperiuntur in sententia, et interpretatione suae legis»; ainda, de certo modo n. 207, 144. Veja-se, também, mais tarde, Jerónimo da Silva de Araújo — *Perfectus Advocatus* (...) Lisboa, 1743, cap. XVII n. 6, 83: «Hoc tamen, quod de Bartolo dictum manet, quem vel ideo debemus in nostris Bibliothecis habere, intelligitur secundum legem memoratam, si eius opinio non sit reprobata a posterioribus et de istis debemus specialiter eligere nostri Regni Authores; ut pot qui secundum leges citatas, et nostras consuetudines ex maiori parte scripsere».

2 Cfr. *Humanismo*, 342 e segs..

3 A observação é do alemão Miguel Gribner — *Selectorum Opusculorum Juris Publici*, tomo 4. Sect. 2. *de Observantiis Collegiorum*, e vem a ser repetida, em Portugal, no *Compêndio Histórico*, § 301, nota (a), na *Relação Geral do Estudo da Universidade*

17. *A cultura jurídica.* Houve já ocasião de dizer que o *Humanismo*, com a sua nova valoração do direito romano, viera pôr em causa o problema da vigência e interpretação do *Corpus Iuris Civilis*.

Os comentadores consideravam o direito romano como o *Direito*, por antonomásia, de indiscutível vigência, e interpretavam-no, adaptando-o às necessidades contemporâneas.

O método utilizado, o escolástico, é, como foi observado por Genzmer — seguindo Seckel — um método rico «de todas as forças indispensáveis para o jurista, salvo uma: o sentido histórico» [1]. Ora, é, precisamente, esse sentido histórico que levará os juristas afectos ao *Humanismo* — os chamados juristas *cultos*, *elegantes* ou *humanistas* — a discutir a vigência do direito romano ou, pelo menos, a sua interpretação medieval.

O direito romano deixa de ser considerado «*o Direito*» para tender a ser visto como «*um direito*» — o direito de Roma. Haveria, assim, permita-se a imagem, que «restituir» a Roma o «deformado» direito comum.

Esta diferente maneira de encarar o direito romano conduzirá à existência de duas escolas interpretativas que se combaterão, com vigor, principalmente, no século XVI. O método dos que continuam a tradição dos *comentadores*, será denominado «*mos italicus*» [2], porque em Itália se consolidara, e aí prevalecerá; o método dos inovadores, em paralelo, será crismado de «*mos gallicus*», por em França se ter firmado, ainda que, aí, não tenha tido o seu berço.

Na verdade, também em Itália, desponta a nova metódica com *Veggio, Valla, Policiano, Ferretti* e com o grande jurista que foi *André Alciato;* mas é fora de dúvida ser em França, com o nome máximo da escola — *Jacques Cujas*, conhecido na forma alatinada de *Cujácio* — que o movimento irá alcançar a sua maior expressão.

(1777) de Francisco de Lemos, Coimbra, 1980, 42, e por Pascoal de Melo — *Historia Iuris Civilis Lusitani*, § CXXIX. Também, mais tarde, João da Cunha Neves e Carvalho Portugal — *Oração de abertura recitada na Associação dos Advogados de Lisboa, em 6 de Out. de 1847*, in *Gazeta dos Tribunais*, n.º 816 (18 de Out.) afirmará que «Deste laberynto, deste confuso cahos do reinado da opinião, resultou necessaria, e utilmente a jurisprudência dos *arestos* (...). O aresto veio a ser o freio salvador; entre a diversidade dos caminhos apontava a vereda que se devia seguir, era a razão do justo, apontada pela prática». Veja-se, também, *Causas da Decadência da nossa Jurisprudência* in *B.N.L.*, F.G., 5057.

1 E. Genzmer — *Il Diritto Romano come Fattore della Civiltà Europea*, 18.

2 Sobre a literatura jurídica do *mos italicus*, veja-se Ernst Holthöfer — *Literaturtypen des mos italicus in der europäischen Rechtsliteratur der frühen Neuzeit (16.-18. Jahrhundert)* in *Ius commune*, II, Francoforte, 1969, 130-166, com referências a juristas portugueses.

Focando a diferença de métodos, o atrás citado autor quinhentista Alberico Gentil dirá — como se viu — que os juristas tradicionais, do *mos italicus*, estudam o direito que usamos, o *ius quo utimur*, enquanto que os inovadores, os adeptos do *mos gallicus*, estudam o direito que usavam os Romanos em Roma ou Constantinopla, o «*ius quo utebantur Romani Romae Constantinopolive*».

Como reage a cultura jurídica portuguesa às grandes correntes da época? [1]

É certo encontrarmos uns quantos «estrangeirados» que, longe do território pátrio, vão reflectir o influxo das novas tendências: temos um *Luís Teixeira* — discípulo em Florença, no fim do século XV, de Policiano —, um *Luís Alvares Nogueira* — fiel sequaz de Alciato — e um *António de Gouveia* — discípulo de Ferretti e uma das maiores figuras do Humanismo jurídico.

No entanto, os juristas portugueses que não saíram das marcas hispânicas — *Manuel da Costa, Aires Pinhel* e *Heitor Rodrigues*, todos formados em Salamanca — e depois professores em Coimbra e Salamanca — sentem natural dificuldade em aderir ao *mos gallicus*.

Na verdade, fora precisamente a falta de sentido histórico dos comentadores que permitira a vigência do direito romano na Europa medieval, e, por isso, para que continuasse a adaptação da norma justinianeia aos tempos de Quinhentos, tinha ela de continuar a ser considerada como algo de intemporal.

Ora, em Portugal, o direito romano é direito vigente, de quotidiana aplicação. Assim, Costa, Pinhel, e Rodrigues são, ainda, comentadores, integrados no *mos italicus*.

Num aspecto, porém, pagam o seu tributo às novas correntes, já que se encontram penetrados de um racionalismo que os leva a atacar, abertamente, o critério de autoridade que se traduzia na aceitação da *communis opinio*. O intérprete deve, apenas, olhar para o texto e não subordinar-se à contagem de opiniões. O que interessa é a verdade e não o número, qualidade e não quantidade. Como atrás dissemos, bem se lamentava Pinhel da «*miseria*» a que chegara a ciência jurídica «*ut sententiae magis numerentur quam ponderentur*».

São, pois, comentadores, mas comentadores animados de um espírito de liberdade que os leva a procurar a verdade do texto, e não a *communis opinio*.

Dentro desta corrente, mas com ainda maior atenção às necessidades da prática, vamos encontrar, para os fins do século XVI, *Pedro*

---

1 Além do nosso *Humanismo*, veja-se, também, António M. Hespanha — *História*, 518 e segs.

Barbosa e *Francisco de Caldas Pereira e Castro*. Já, pelo contrário, mais integrados no *mos gallicus*, achamos, nesta altura e no início do século XVII, ensinando em Espanha, *Eduardo Caldeira* e *João Altamirano*.

Se deixarmos os estudiosos do direito romano e passarmos a encarar os *canonistas*, verificaremos que a figura cimeira do século XVI, entre nós, é a de um estrangeiro, o já referido *Martinho d'Azpilcueta*, chamado *Mestre Navarro*, pela sua origem, cuja vinda para Coimbra foi conclusão de esforços, inclusivamente diplomáticos, de D. João III. Entre os portugueses, salientemos *Bartolomeu Filipe*, *Fernando Paes*, *Pedro Afonso de Vasconcelos* e *Gonçalo Mendes de Vasconcelos Cabedo*, para se indicarem os que deixaram obra impressa. Já no século XVII, devem citar-se o operoso *Agostinho Barbosa* — ainda que, por vezes, de discutível originalidade — *António Cardoso do Amaral*, *D. Rodrigo da Cunha* e *Temudo da Fonseca*.

Cabe, também, referir os autores que se dedicaram ao *estudo do direito pátrio*.

Interpretando as *Ordenações* há que citar, em primeiro lugar, *Manuel Barbosa*, pai de Agostinho Barbosa, autor de umas *Remissiones Doctorum*, impressas em 1618-1620, e de que, já por mais de uma vez, nos servimos; para os fins do século XVII, aparecem os *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, de *Manuel Alvares Pegas*, em 14 volumes, obra que ficou incompleta, sendo depois continuada por *Manuel Gonçalves da Silva* e *Amaro Luís de Lima*. Para certos aspectos do direito público, é do maior interesse a consulta do *Tractatus de Donationibus Regiis Iurium et Bonorum Regiae Coronae*, em 2 volumes, Lisboa, 1673, de *Domingos Antunes Portugal*.

Também, desde a segunda metade do século XVI, começam a aparecer *casuístas*, isto é, autores que dedicam a sua atenção a casos concretos, que foram objecto de sentenças ou de parecer doutrinal [1]. Nesse tipo de literatura jurídica, cumpre indicar os nomes de *António da Gama*, *Alvaro Vaz (Valasco)*, *Jorge de Cabedo*, *Belchior Febo*, *Gabriel Pereira de Castro*, *António Mendes Arouca*, *Tomé Vaz* e *Miguel de Reinoso* [2].

São, enfim, de mencionar os *praxistas*, isto é, aqueles que

1 Veja-se Johannes-Michael Scholz — *Legislação e Jurisprudência em Portugal nos séculos XVI a XVIII*, *cit.*

2 Com referência ao ambiente peninsular, veja-se Johannes-Michael Scholz — *Spanische Rechtsprechungs und Konsiliensammlungen des ancien régime* in *Ius Commune*, III, Francoforte, 98-119. A escala europeia, também, Guido Kisch — *Consilia — Eine Bibliographie der juristischen Konsiliensammlungen*, Basileia, 1970.

escreviam sobre a *praxe*, a prática forense ou notarial. Citem-se *Gregório Martins Caminha*, autor do *Tractado da Forma dos Libelos e das Alegações Judiciais, e do Processo do Juizo Secular e Eclesiastico, e dos Contratos* (...) Coimbra, 1549, obra, depois, adicionada por *João Martins da Costa* e que teve numerosas edições. O mesmo Martins da Costa publicou uma colecção dos estilos da Casa da Suplicação e da Relação do Porto *(Domus Suplicationis Curiae Lusitaniae Stylique Supremus Senatus Consulta)*.

São de citar, ainda, Manuel Mendes de Castro — *Practica Lusitana* (...), Lisboa, 2 volumes, 1619 e *Manuel Lopes Ferreira* — *Practica Criminal* (...), Lisboa, 4 volumes, 1730 [1].

18. *A Universidade*. Sabemos já que, de 1377 a 1537, a Universidade portuguesa terá a sua sede em Lisboa. Não faltou, durante esses quase dois séculos, uma outra tentativa, não sucedida, de fundação de mais um Estudo; todavia, só em 1537, D. João III que, segundo parece, não via com bons olhos a Universidade de Lisboa, determina o encerramento desta e a criação de uma Universidade em Coimbra.

Repartia-se o ensino jurídico por *duas Faculdades:* a de *Cânones* e a de *Leis*, onde, respectivamente, se preleccionavam os direitos *canónico* e *romano* [2].

Desde o século XVI até à reforma pombalina, seguiu-se, sensivelmente, o mesmo plano de estudos. Assim, de acordo com os denominados *Estatutos Velhos* (Estatutos de 1598, revistos e confirmados por Filipe II, em 1612, de novo confirmados, em 1653, por D. João IV e vigentes até 1772) existiam, na Faculdade de *Cânones*, cinco cátedras e duas catedrilhas:

— duas Cátedras, onde se ensinavam *Decretais* (cátedras de *prima* e de *véspera*);
— uma cátedra de *Sexto* (cátedra de *noa* [3], instituída, em 1518, por D. Manuel); e
— uma cátedra de *Clementinas*, sem denominação canónica.

1 Podem ver-se indicações biográficas e bibliográficas dos autores citados na *Biblioteca Lusitana*, de Barbosa Machado. *O Demetrio Moderno ou o Bibliografo Juridico Portuguez*, Lisboa, 1780, além de muito irregular, é fantasista na apreciação do valor das obras. No tocante aos escritores do seculo XVI, veja-se, também, *Humanismo*, *cit.*

2 Pode ver-se uma boa síntese do ensino jurídico, nesta época, em Almeida Costa — *Dicionario de Historia de Portugal* s.v. *Leis*, *Cânones*, *Direito*, *Faculdades de*, 679 e segs..

3 Estas designações de *prima*, *véspera*, *terça* e *noa* são tiradas das horas canónicas, isto é, de horas destinadas pela Igreja para certas orações. A hora de *prima* era às seis da manhã; a *de véspera*, ao meio-dia; a de *terça*, às nove da manhã; a de *noa*, às três da tarde.

Nas duas catedrilhas, ensinavam-se *Decretais*.

Na Faculdade de *Leis*, existiam quatro cátedras e quatro catedrilhas:

— uma cátedra, onde se ensinava o *Esforçado* (cátedra de *prima*);
— uma cátedra onde se lia o *Digesto Novo* (cátedra de *véspera*);
— uma cátedra de *Digesto Velho* (cátedra de *terça*);
— uma cátedra, onde se estudavam os *tres libri* do *Código* (cátedra de *noa*).

As quatro catedrilhas eram duas do *Código* e duas de *Institutas*.

No que diz respeito ao método de ensino, deviam os lentes ler e comentar os textos, sem se perderem em grandes explanações.

Na alegação de Doutores, dizia-se nos *Estatutos* que era obrigação dos professores começar, sempre, «*pelos antigos que são auidos por Mestres de cada sciencia: e trabalharão de allegar os que tocarem originalmente o caso, que estão tratando. E pera fazerem a commum com estes antigos, allegarão dos modernos até dous ou trez dos mais graues* (...)» [1]. O ensino, sob pena de multa, era ministrado em latim; admitia-se, porém, que nas catedrilhas, em certos pontos da exposição — se necessário fosse — poderia fazer-se uso do português. A duração dos cursos era de seis anos, ao fim dos quais se recebia o grau de bacharel.

O período áureo do ensino jurídico, em Coimbra, coincide com o reinado de D. João III. Morto este monarca, vai, rapidamente, a Universidade declinar. No fim do primeiro quartel do século XVII, Gaspar Estaço, falando do abatimento em que se encontrava a Escola, dirá «*que a de Coimbra pouco depois de começar, começou logo de acabar*». [2] E esse abatimento prolongar-se-á pelo século XVIII, até à reforma pombalina.

1 *Estatutos*, Liv. III, tit. XI, § 9.

2 Gaspar Estaço — *Várias Antiguidades de Portugal*, Lisboa, 1625, cap. 45, 167. Dizia ainda, Estaço, referindo-se à Universidade que «da qual hoge nam temos mais que hũa ametade, porque a outra leuou o tempo e nam lhe valeo o anteparo da ordem geral das outras que a fama celebra». Também na *Arte de Furtar* (ed. Lisboa, 1970, 197) se lê: «Como há-de haver no mundo que se tolere e permita provarem cursos em Coimbra mais de um cento de estudantes, todos os anos, sem porem pé na Universidade? Andam na sua terra, matando cães, e escrevem, a seu tempo, ao amigo, que os aprovem lá na matrícula, representando suas figuras e nomes; e daqui vêm as sentenças lastimosas que cada dia vemos a julgadores, que não sabem qual é a sua mão direita mais que para embolsarem com elas espórtulas e ordenados, como se foram Bártolos e Covas-Rubias». Diogo Covarruvias foi um célebre jurista do século XVI, conhecido pelo «Bártolo espanhol».

III

PERÍODO DE INFLUÊNCIA ILUMINISTA

(1750-1820)

PERÍODO DE INFLUÊNCIA ILUMINISTA
(1750-1820)

1. *Características gerais do período iluminista.* Por todo o século XVIII e, em Portugal, nomeadamente na segunda metade da centúria, vai fazer-se sentir, com carácter dominante, o movimento do *Iluminismo;* por isso, se chamará a esta época *Iluminista* ou, ainda, da *Ilustração, das Luzes,* de *Aufklärung.*

Não é fácil a caracterização do *Iluminismo.* Todavia, conforme acentua Cabral de Moncada — que entre nós, é quem melhor estudou o século XVIII — pode dizer-se que esta é «a época por excelência da Razão e do racionalismo: uma Razão essencialmente subjectiva e crítica, e um racionalismo essencialmente humanista e antropocêntrico» [1]. A razão, que se fortificara no campo das ciências naturais, irrompe no terreno político-jurídico onde vai atacar envelhecidas estruturas medievais: uma Razão crítica — uma Razão que tem, apenas, dimensão humana — irá proceder a universal julgamento[2]. Esta hipertrofia racionalista levará a ver na História sucessivas épocas de maior ou menor conhecimento da Razão — «*A História dos Imperios nos mostra que a Razão não tem sido cultivada em todos os tempos, nem por todos os povos igualmente. Razão por que os Legisladores tomarão differentes rumos quando por meio das Leis procuravão a felicidade dos Seus Imperios. A Sociedade he huma máquina complicada, que trabalha com tantas moles, quantos são os individuos de que se compõem. Pelo que se faz mais precisa huma razão iluminada, que saiba guiar tudo a seus justos fins. Nisto se diversifica o Povo barbaro do polido; o Reino, onde as Artes florecem daquelles em que se desprezão*» [3].

Como se vê, há aqui um racionalismo que busca inspiração nas ciências físicas: «*a sociedade he huma máquina complicada, que trabalha com tantas moles quantos são os individuos de que se compõem*». Racionalismo mecanicista que vê o homem — indivíduo

---

[1] Cabral de Moncada — *Um «iluminista» português do século XVIII: Luís António Verney,* in *Estudos de História do Direito, cits.,* vol. III, Coimbra, 1950, 2.

[2] Cabral de Moncada — *Filosofia do Direito e do Estado,* vol. I, Coimbra, 1947, 198: «Perante essa instância suprema é que serão doravante citadas todas as realidades sociais históricas, para, *no caso de não resistirem a julgamento, serem logo condenadas como intoleráveis desvios da única lei suprema de toda a Natureza, una com essa mesma razão, transformada em juiz omnisciente de todas as coisas*».

[3] José Virissimo Alvares da Silva — *Introducção ao Novo Código,* 3, nota (a).

como uma das peças da sociedade. Todavia, para que essa «máquina» possa funcionar, para que os indivíduos-peças se encontrem nos seus lugares adequados, faz-se *«mais precisa huma razão illuminada, que saiba guiar tudo a seus justos fins»*.

A legislação *«não he outra cousa mais que hum Compendio de Sabedoria para bem governar certa porção da Humanidade que se unio em Sociedade, debaixo de certa forma de governo que entre si pacteou»* [1].

Mas qual vai ser, então, a razão iluminada que irá guiar tudo a seus justos fins, qual a vontade que ordenará o *«Compendio de Sabedoria»* que deve ser a legislação?

Dissera Platão que as Repúblicas seriam felizes quando os filósofos as governassem, ou os reis fossem filósofos. Nesta alternativa de filósofos-reis ou reis-filosofos era o segundo termo que, compreensivelmente, se impunha. O ideal da época é a criação do rei-filósofo que vá actuar um programa de razão. São os tempos da frequente correspondência entre reis e filósofos em que estes tentam segredar aos monarcas aquilo que lhes inspira o seu racionalismo [2]. Esta necessidade do rei-filósofo vai, pois, ter a sua tradução no chamado *despotismo iluminado* ou *esclarecido*. O déspota iluminado — fruto de aliança entre *autoridade* e *razão* — será o agente que irá actuar a reforma da sociedade [3].

Por isso, também, o *iluminismo jurídico* — como anota M. Cattaneo — se caracteriza por dois elementos fundamentais: «por uma atitude *racionalista* em relação ao direito natural, e por uma atitude *voluntarista*, em relação ao direito positivo» [4]. O direito deve resultar de uma *vontade* ao serviço da *razão*.

2. *Crítica da tradição jurídica: direito romano e communis opinio doctorum.* Vimos que o Humanismo representara um primeiro

[1] José Virissimo Alvares da Silva — *Introdução*, 2.

[2] Gaetano Filangieri — *La Scienza della Legislazione*, tomo I, Genova, 1798, 15: «Scrivendo la scienza della legislazione, il mio fine altro non è, che di facilitare à sovrani di questo secolo l'intrapresa d'una nuova legislazione».

[3] C. de Moncada — *Um «iluminista» português*, 4, define *despotismo esclarecido* como a concepção política que vê no Estado um órgão «chamado a realizar e a propagar pela força, despoticamente, as luzes e os ditames do entendimento para a felicidade dos povos, numa visão toda, simultaneamente, individualista, eudemonista e utilitária das coisas, do homem e da sociedade». Como síntese, consulte-se, também, John G. Gagliardo — *Enlightened Despotism*, Londres, 1968.

[4] M. Cattaneo — *Illuminismo e legislazione*, Milão, 1966, 13. Veja-se, também, Giuliana d'Amelio — *Illuminismo e Scienza del Diritto in Italia*, Milão, 1965 e Corrado Pecorella — *Studi sul Settecento Giuridico, I, L. A. Muratori e i Difetti della Giurisprudenza*, Milão, 1964. Sobre certos aspectos do iluminismo jurídico germânico, veja-se Wollgang Neusüs — *Gesunde Vernunf und Natur der Sache-Studien zur juristischen Argumentation im 18. Jahrhundert*, Berlim, 1970.

ataque contra a tradição romanista europeia. Vai o *Setecentos* retomar os temas, então, surgidos.

Também, agora, há quem olhe para a razão como única *fonte de direito:* há quem, embora sujeitando o direito romano ao crivo da Razão, pense que vale, ainda, a pena submetê-lo a exame, com o fim de nele aproveitar o que mostre utilidade; há, enfim, quem pressupondo a completa historificação do direito romano, o estude, passe a expressão, como *peça de museu*, exemplificadora de uma particular e importante experiência jurídica passada.

Mas, de um modo geral, relativamente ao direito romano, é comum um sentimento de distância, por parte da Europa setecentista [1].

Esse sentimento pode, bem, ver-se consubstanciado nas linhas introdutórias da obrinha de Cesare Beccaria, intitulada *«Dei Delitti e delle Pene»*, que deu volta ao continente, e onde, assim, se define o direito comum — *«Alcuni avanzi di Leggi di un antico popolo conquistatore fatte compilare da un Principe, che dodici secoli fa regnava in Constantinopoli framischiate poscia co'ritti Longobardi ed involte in farraginosi volumi di privati ed oscuri interpreti, formano quella tradizioni di opinioni, che da una gran parte dell'Europa ha tuttavia il nome di Leggi* [2]*»*.

Esse mesmo sentimento se acha, entre nós, em Vieira de Castro, no seu tão esquecido ensaio *Sobre a Origem e a Multiplicidade de Leis* onde afirma que «Theodosio apôz dous collectores fez hum Codigo, e Justiniano por fim, veio a eclipsar em volume todas as legislações. Coube na cabeça d'este Imperador, ou antes na de Triboniano, e seus collegas, o formar dous labyrinthos de toda esta monstruosa, e desligada immensidade de Jurisprudencia Monarchica, Aristocratica, Democratica, e despotica; de leis feitas para huma cidade, para hum Imperio, para o Mundo; das opiniões de Juris-consultos, que seguião seitas oppostas; assim como das dispozições contrarias, suas, e alheias, antigas, e novas; de tudo em fim, que elles quizerão chamar leis. Mas

[1] G. Filangieri — *La Scienza della Legislazione*, 4: «La legislazione è oggi questo oggetto comune di coloro che pensano. Gli errori della giurisprudenza ci circondano: ogni Scrittore procura di rilevarli, e da un'estremità dell'Europa all'altra non si sente altro, che una voce, la quale ci dice, che le leggi del Lazio non giovano più all'Europa.»

[2] Repare-se, ainda, na extrema violência de um outro iluminista italiano, Pietro Verri: «Gli uomini non hanno alcuna più soda legislazione in Europa che li tenga uniti in società che un centone di decreti, i pareri de'principi, magistrati, giureconsulti d'una antica nazione, *mutilati da un ignorante e venale ministro che, sotto un imbecile principe* greco, sono state accozate a Constantinopoli molti secoli or sono». (in Giuliana d'Amelio — *Illuminismo*, 14).

póde tanto o maldito espirito de systema [1], pódem os homens unir por meio delle taes disparates, que Justiniano compoz de principios, e resultados tão diversos humas instituições, hum systema. Eis-aqui a legislação porque se governou muitos seculos o mundo Romano e a que tem dado o tom em todas as Leis da Europa, em quanto n'ella huma cega tradição foi tida por unico principio do Governo; e em quanto para dar leis aos Povos se examinou somente o que as gerações passadas tinhaõ feito (mal ou bem) deixando fora do exame o que à geração presente convinha fazer» [2].

Também a *communis opinio doctorum* vai ser alvo de crítica cerrada. Vimos, a seu tempo, que o canonista *Abade Panormitano* — resumindo o sentir geral — dizia que a *comum opinião devia ser seguida, a menos que fosse evidentemente falsa ou pudesse ser convencida com razões prováveis*. E, diferentemente dos autores anteriores, explicava que assim era porque «*comunmente a maior parte investiga melhor a verdade*». Ora bem: tal fórmula, só aparentemente, não suscitava dificuldades. Com efeito, no campo da *dialéctica*, joga-se com uma lógica do *provável*, em que, precisamente, é *provável* a opinião defendida pela maioria dos peritos. Neste pressuposto, como se julga que a *communis opinio* é *falsa* ou *irrationabilis*? Se se pode, caso a caso, afastar uma comum opinião (apontada pela maioria), em nome duma *razão*, então isso significa que a *ratio* se sobrepõe à *auctoritas* da *communis opinio* e que, na matéria jurídica, é possível encontrar uma *ratio*, uma *veritas* (de *veritas* falava, já, o próprio Panormitano). Assim, o argumento de *autoridade* não é *o* argumento em que se sustenta a interpretação jurídica: é, apenas, *um* dos muitos argumentos — e não, certamente, o melhor — que pode servir de auxílio na busca duma verdade *possível*, com independência de qualquer *consensus*. Quando, pela primeira vez — e disso se orgulhava — o Panormitano veio apontar a, depois, tão repetida e trilhada citação da *l.1.* § *sed neque, C. de veter. jur. enucl.*, afirmando não dever julgar-se *ex multitudine auctorum*, uma vez que *possit unius forsitan et deterioris sententia et multos et maiores in aliqua parte superare* e que *saepe deus reuelat paruulis quod abscondit sapientibus*, deste modo se separava a *probabilidade* da *verdade* e, consequentemente, se punha em causa o critério do *número*, do *consensus*. O texto não

[1] Para o espírito anti-sistemático do Iluminismo, veja-se Mario G. Losano — *Sistema e Struttura nel Diritto*, Vol. I, Turim, 1968, 97 e segs.

[2] *Obras do Doutor Jozé Manoel Ribeiro Vieira de Castro*, Vol. I (único), Lisboa, 1822, 7 e segs. O livro compõe-se de ensaios escritos em 1797 e 1798, apresentados à Academia das Ciências.

apontava, ainda, o caminho moderno: era, antes, o pensamento dum cristão, afastando a linha aristotélica. A verdade pode vir da boca dum humilde: a verdade revelada é uma graça divina. Mas ao dizer-se que a comum opinião não deve ser seguida, quando *irrationabilis* ou *falsa*, está-se já a admitir que, na matéria jurídica, a *razão* se sobrepõe ao *consensus*, o *verdadeiro* se sobrepõe ao *provável*: em suma, que, no Direito, também há uma *verdade*.

A filosofia dos tempos modernos virá, decididamente, voltar costas ao conhecimento *provável*. A *razão* — em todos os campos — será o árbitro único [1]. Deixa de ter sentido a distinção entre *scientia* e *opinio*, entre *verdade* e *probabilidade*. Dir-se-á, mesmo, que, nas causas difíceis e duvidosas, é mais normal que a verdade seja atingida por um só, do que por muitos. *Galileu* [2] e *Descartes* [3] acentuarão esse

[1] Como dirá o nosso Francisco Sanches: «Nec a me postules multorum autoritates aut in autores reverentiam, quae potius servilis et indocti animi est quam liberi, et veritatem inquirentis. *Solam sequar ratione Naturam. Autoritas credere iubet; ratio demonstrat: Illa fidei; haec scientiis aptior*». (F. Sanches — *Quod Nihil Scitur*, Lião, 1581, trad. de Basilio de Vasconcelos in *Revista de História*, II, 1913, 127).

[2] Galileu: «Ma più dico che anco nelle conclusioni delle quali non si potesse venire in cognizione se non per via di discorso, poca piú stima farei dell'attestazioni di molti che di quelle di pochi, essendo sicuro che il numero di quelli che nelle cose difficili discorron bene é minore assai che di qui che discorron male. Se il discorrere circa un problema difficile fusse come il portar pesi, dove molti cavalli porteranno piú sacca di grano che un caval solo io acconsentirei che i molti discorsi facesser piú che un solo, ma il discorrere é come il correre e non come il portare e un caval barbero solo correrà piú che cento frisoni». E, já antes, dissera: «Signor Sarsi, infinita è la turba degli sciocchi, cioé di quelli che non sanno nulla; assai son quegli che sanno pochissimo di filosofia; pochi son quelli che ne sanno qualche piccola coseta; pochissimi quelli che ne sanno qualche particella; un solo Dio è quello che la sa tutta (...) Il giudicar dunque dell'opinioni di alcuno in materia di filosofia dal numero dei seguaci, lo tengo poco sicuro». (Citado em Giulio Preti — *Retorica e logica — Le Due Culture*, Turim, 1969², estudo II — *La polemica antiumanistica del Seicento*, 83-84).

[3] Descartes na II das *Règles pour la Direction de L'Esprit* dirá que «il n'existe à peu près rien qui n'ait été dit par l'un et dont le contraire n'ait été affirmé par l'autre. Et il ne servirait à rien de compter les voix pour suivre l'opinion qui a le plus de partisans: car, s'il s'agit d'une question difficile, il est plus sage de croire que sur ce point la vérité n'a pas été découverte que par peu de gens et non par beaucoup». (Descartes — *Oeuvres et Lettres*, ed. *La Pléiade*, Paris, 1953, 43). Do mesmo modo, na *Logique de Port-Royal* — com directa influência cartesiana — se lê que: «Souvent on ne regarde que le nombre des témoins, sans considerer si ce nombre fait qu'il soit plus probable qu'on ait rencontré la vérité, ce qui n'est pas raisonable. Car, comme un auteur de ce temps a judicieusement remarqué, dans les choses difficiles et qu'il faut que chacun trouve par soi — même, il est plus vraisemblable, qu'un seul trouve la vérité que non pas qu'elle soit découverte par plusieurs. Ainsi, ce n'est pas une bonne conséquence; cette opinion est suivie du plus grand nombre de philosophes, donc elle est la plus vraie». (*Logique de Port-Royal*, Paris, 1854, 258).

ponto de vista, que certo sector da filosofia moral irá receber [1]. No campo do Direito, o alemão Ulrich Zásio — ainda mesmo, nos princípios do século XVI — irá afirmar que *communis opinio, ergo falsa* [2]. Depois, os autores irão proclamar a descoberta de *novas verdades* [3] jurídicas. Afasta-se a *autoridade* [4]. Era o virar da página. Como muito bem observa Giulio Preti, agora o saber «há un'universalità ideale la quale, piuttosto che sul *consensus*, sulla tradizione e sull' amissione da parte di gruppi sociali qualificati, si fonda su di una *libera ricerca individuale*, in quanto però l'individuo supera i limiti della sua soggettività e della sua biografia ed opera secondo criteri metodici e razionali rigorosi» [5]. É a *razão*, amparada ao *método*, que alcançará a *verdade*. E a *verdade* é alcançável em todos os ramos: há uma verdade *matemática*, como há uma verdade *jurídica*. O Direito deixa de se situar no terreno do *opinável*, do *provável*.

Na Idade Média, em algumas ocasiões, o argumento de *autoridade*, o silogismo dialéctico, invadira, abusivamente, o campo das

1 Assim, Gaspar Ziegler — *Dicastice sive de Judicum Officio et delictis Tractatus Moralis*, Wittemberg, 1672, Conclusio XXXIX, § 10, 716: «(...) argumentum hoc est, licet topicum, omnes bene concludere ac veritatem ipsam eruisse. Sed si recte responderetur, haec probatio fallax est. In intellectus enim viribus plus valet intensio, quam numerus: nec se res habet quem admodum in corporis viribus: ubi si multi jungantur invicem ad elevandum aliquod pondus, sane plurimum possunt: sin pauci sint, parum proficiunt. Ad adsequendam autem cognitionem veritatis alicujus absconditae plus valet unus intellectus subtilis, quam centum alii obtusiores: ac ratio est, quod nec intellectus se invicem adjuvant, nec ex multis unus componi potest, quemadmodum in virtute corporalis sit (...)».

2 Veja-se o nosso *Humanismo e Direito*, 72 e segs. Já Séneca dissera: «*Haec pars major esse videtur — Ideo enim pejor est. Non tam bene cum rebus humanis agitur, ut meliora pluribus placeant: argumentum pessimum, turba est*». Outras referências em *Humanismo e Direito*, 65 e segs.

3 Assim, Jeronimo de Molina y Guzman — *Novae Veritates Iuris Practicae, Utraque Manu Elaboratae* (...), Madrid, 1665. As várias questões tratadas estão subordinadas à epígrafe *veritas*, com progressiva numeração. Note-se, todavia, que o Autor se embrenha depois no famosíssimo problema do *probabilismo* e do *probabiliorismo (veritas XVIII)* o que demonstra que se não consegue furtar aos antigos esquemas.

4 Henning Renneman — *De Abusuum, et quarundam opinionum communium, quae jurisprudentiae praxi forensem conspurcant*, Erfurt, 1633, dizia que Justiniano ordenara que a jurisprudência se sustentasse em duas pernas, de modo que os juizes «non aliter judicarent, quam LEGIBUS, et MORIBUS». Todavia, surgira a *comum opinião* e os juizes, antes *bipedes*, haviam-se tornado *tripedes* e «*deformiter claudicare coeperint*». Veja-se, também, Gaspar von Rheden — *Dissertatio Publica de Praeiudicio Auctoritatis* (...) Bremme, 1722.

5 Giulio Preti — *Retorica e Logica*, 84.

ciências físicas, próprio do silogismo científico ou demonstrativo; agora, nos tempos modernos, esquecer-se-á a distinção entre *scientia* e *opinio* e vai pretender-se que a *demonstratio* é aplicável a todos os ramos do conhecimento [1]. Era um exagero de sinal contrário.

3. *Racionalismo e Direito. A escola do direito natural. O «usus modernus pandectarum».* Vejamos, porém, a atitude das várias correntes anteriormente enunciadas. Comecemos pela tendência que vê a razão, como fonte de direito, por excelência.

A interpretação do direito romano, na Idade Média, baseava-se num critério de *autoridade*, que condicionava a *razão*. A autoridade traduzia-se na aceitação, subtraída a qualquer crítica, do direito justinianeu.

O *Direito*, sem mais, é o direito justinianeu, é o normativismo contido no *Corpus Iuris*. Por isso, nesta premissa, a razão sente, apenas, necessidade de interpretar o direito e não de o buscar. Esta é uma razão *exegética*, uma razão que rasteja, colada ao texto, que tem por finalidade última prensar o texto, comprimi-lo, para dele extrair a verdade.

Tudo isto fora já abalado pelo Humanismo, mas só agora se vai dar a ruptura decisiva.

Posta em crise toda a estrutura político-social que explicava a propagação europeia do direito romano, a autoridade deste — ao menos como tal — sofre de paralela crise. O *Império* subsiste só de

1 Cristiano Tomasio — *Partem Priorem Prudentiae quae comprehendit consultatoria* (...), Bratislava, 1773, cap. III, § 28, 35: «Forte tamen communes errores causae fuerunt communis neglectus. *Creditum fuit per aliquot secula, res morales non cadere sub demonstrationem, quia omnes actiones humanae sunt accidentia non certam ac definitam substantiam habentia. Sed huic errori iam diu satisfactum est, et verbis, et reipsa, redactione videlicet doctrinae iusti, honesti et decori ad sua principia*». Era a matematização do Direito. Vicente J. Ferreira Cardozo da Costa na sua *Memória Jurídica sobre a Aplicação do disposto na Ord., L. 2. Tit. 35. § 19 aos bens vagos* (...) Lisboa, 1820, 3, dizia — convencido — que — «*Tudo isto he indisputavel, e por demonstrações Mathematicas*». Aliás, a atracção e influência exercidas pelas ciências naturais e matemáticas vai levar, mesmo, ao aparecimento de obras jurídicas de pretensa conjunção com os dados daquelas ciências e à utilização de linguagem metafórica, de gosto muito duvidoso. E não são, apenas, autores menores que caem nesta pecha. Tomásio intitula a primeira das suas *Orationes Academicae, De Iurisprudentia, Corpore, Anima, Cadauere, Sceletro, Spectro!* (*Orationes Academicae*, Hallae, 1723). Strik escreveu um *De Iure Sensuum Tractatus*, Francoforte, 1753, dividido nos seguintes dez capítulos: I — *De Visu*; II — *De Iure Coecorum*; III — *De Auditu*; IV — *De Iure Surdorum et Mutorum*; V — *De Olfactu*; VI — *De Gustu*; VII — *De Tactu*; VIII — *De Memoria*; IX — *De Iure Oblivionis*; X — *De Iure Cogitationum*. E, entre nós, também Diogo Homem de Almeida publicou uma excêntrica *Analysis Excellentiarum in Iure Numeri Quinarii*, Coimbra, 1726.

nome e presta-se a comentários depreciativos [1]; desapareceu a «*Respublica Christiana*», dando lugar aos modernos Estados europeus; o direito romano já não é o direito da Igreja *in temporalibus;* o monarca absoluto está suficientemente instalado para ter necessidade de se socorrer de textos romanos, justificadores do seu poder.

Insista-se, pois: a autoridade do direito romano, como tal, deixa de ter sentido nos tempos modernos.

Ora, conforme tem sido observado, sempre que uma ordem jurídica comece a vacilar, a abrir brecha, consoante sublinha Franz Wieacker — «A tradição do direito natural, por muito longe que esteja do dia-a-dia do direito (e também da ciência jurídica, em consequência das antigas fronteiras entre a jurisprudência técnica e as faculdades de direito) é sempre chamada a terreiro quando uma ordem jurídica histórico-concreta perde a sua persuasão no plano do saber difuso na sociedade, e a sua plausibilidade espiritual em relação às elites do seu tempo, como aconteceu nas lutas religiosas do início da Idade Moderna ou nas crises do recente passado alemão» [2],

É o momento em que a voz dos juristas-filósofos se faz sentir por cima da dos juristas-intérpretes: onde antes a razão se contentava em descobrir a «*verdade*» do texto jurídico, agora, a razão insatisfeita, levanta os olhos do texto, despreza-o e procura, antes, uma «*verdade*» intemporal.

Há que investigar, na própria natureza humana, as normas jurídicas que dela, necessariamente, resultam; há que encontrar, pois, com auxílio da razão, o direito que a natureza humana postula, isto é, o *direito natural.*

Não sofre dúvida que, em todos os tempos, teoria positiva do Direito e atitude jusnaturalista coexistem. A questão está em que, só em épocas de crise, a atitude jusnaturalista tende a ganhar posição criadora, e não meramente valorativa.

Ora, na Idade Média, as questões tocantes ao *direito natural*

[1] É bem conhecido o sarcasmo de Voltaire, a esse respeito, dizendo que não era *sacro*, nem *império*, nem *romano*. O mesmo Voltaire figura um diálogo entre Marco Aurélio, ressuscitado, e um Recoleto, nos termos seguintes: «Marc-Auréle — (...) dites-moi franchement: est-ce qu'il n'y aurait plus d'empereur, ni d'empire romain? Le Récollet: Si fait, si fait: *il ya un empereur et un empire, mais tout cela est à quatre cents lieues d'ici, dans une petite, ville appelée Vienne, sur le Danube* (...)». Também Verney — *Verdadeiro Método de Estudar*, ed. Sá da Costa, vol. IV, 163, faz este comentário: «Ao menos que soubesse a História dos Imperadores e as *revoluções que teve este Império Romano e o modo como que acabou em Alemanha — onde hoje existe somente o nome — e a razão por que se conservou este nome. A falar verdade, é loucura persuadir-se, como muitos o fazem, que o Império Romano exista hoje em Alemanha*».

[2] Franz Wieacker — *História do Direito Privado*, 281.

tinham sido versadas pelos teólogos, que, nomeadamente, haviam estudado a sua relacionação com a vontade divina. Nesta relacionação, tinham surgido, em contraste, duas posições — *idealismo* e *voluntarismo* — respondendo ao problema fundamental: «*Encontram-se as raízes do direito em verdades racionais ou eternas ou em decisões criadoras e singulares da vontade divina? Sancionou Deus o direito porque é direito, ou é direito porque Deus o sancionou?*» [1]

O *idealismo*, com S. Tomás em expoente, entende que Deus sancionou o direito natural porque e precisamente na medida em que nesse direito existe uma verdade racional e eterna; o *voluntarismo*, com Duns Escoto e Guilherme de Ockham, defende, ao contrário, que o direito natural só o é porque Deus assim o quis; diferente seria se outra fosse a vontade divina. Como dirá um seguidor de Ockham — «*nec etiam quia aliquid rectum est aut justum ideo Deus vult; sed quia Deus vult, ideo justum et rectum*».

Compreende-se que nesta disputa entre *idealismo e voluntarismo*, o exasperar de argumentação, por parte da primeira atitude, tenda, pouco a pouco, a restringir a ligação de Deus ao direito natural.

Gregório de Rimini dirá que «ainda admitindo o caso impossível de que não existisse a razão divina, ou Deus, ou de que a sua razão fosse errónea, todavia pecaria também aquele que obrasse contra a recta razão dos anjos ou dos homens ou de quem quer que fosse. E inclusivamente se não houvesse, em absoluto, nenhuma recta razão, pecaria, no entanto, aquele que obrasse contra o que ditaria uma razão qualquer, se existisse».

Vai ser a posição idealista trabalhada pela chamada *escolástica espanhola do século XVI* que, com *Domingos Soto, Vitoria, Luis de Molina, Gabriel Vasquez* e *Francisco Suarez*, irá destruir os últimos elementos subjectivos da tese. Também a escolástica espanhola na defesa do princípio do idealismo, afirmará, com frequência, que o direito natural existiria, ainda que — *concesso impossibili* — Deus não existisse [2]. Por isso, quando Grócio, considerado o pai da moderna *escola do direito natural*, diz que o *direito natural é aquele que teria existido, ainda que Deus não existisse*, parece que, afinal, mais não é do que simples epígono da neo-escolástica espanhola: formalmente, é um repetidor.

[1] Hans Welzel — *Derecho Natural y Justicia Material* (trad. espanhola), Madrid, 1957, 74. Temos presentes as considerações de Welzel na exposição que se segue.

[2] Na matéria, vejam-se *La Seconda Scolastica nella Formazione del Diritto Privato Moderno — Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, Milão, 1973; F. Wieacker — *História*, 320-321 e bibliografia aí referida e Rodriguez Paniagua — *História del Pensamiento Jurídico*, 1980⁴, 87 e segs.

Todavia, há aqui qualquer coisa de muito diferente. É que, na posição do *idealismo escolástico*, a supressão de Deus — *concesso impossibili* — no esquema de raciocínio, é o último argumento, é o argumento *ad absurdum* que servirá para convencer a tese do *voluntarismo;* ora, para a *escola do direito natural*, a eliminação hipotética de Deus, não é já o último argumento de uma polémica de carácter teológico, mas sim a premissa de todo um novo sistema que conduzirá à desvinculação do *direito natural* da *teologia*.

Agora, a atenção será consagrada à descoberta das regras que são comuns a todos os homens, regras que são procuradas, livremente, pela razão, sem necessidade de qualquer auxílio da teologia. Aqui, como se já teve ocasião de apontar, o moderno racionalismo jurídico algo vai mutuar às ciências físicas. Tal como a natureza física se encontra subordinada a leis universais que a razão descobre, assim também ela deve descobrir as leis que regem a natureza humana. Estas são regras, leis, que o são não por partirem de alguma autoridade, mas sim imanentes à própria natureza do homem. O direito natural moderno — imanente e não transcendente [1] — é, pois, constituído por aquelas regras que a razão descobre como sendo necessárias ao convívio humano.

Sendo assim, como se disse, o direito romano, para o jusnaturalista, oferece, apenas, o interesse de ser uma experiência jurídica importante que concretizará, aliás, princípios de direito natural.

É neste ponto, porém, que se deve falar do chamado *usus modernus pandectarum* [2], já que entronca com a problemática da relacionação do *direito romano* com o *direito natural*. A expressão *usus modernus pandectarum*, consagrada a partir da obra do mesmo nome do jurista alemão Samuel Stryk (1640-1710), representa — como a designação o diz — a tendência que vai estudar o direito romano, apenas na medida em que se tivesse adaptado às novas exigências. O direito romano só interessaria enquanto susceptível de *uso moderno* [3].

1 H. Welzel — *Derecho Natural*, 132.

2 A. Hespanha — *História*, 487 e segs.

3 Sobre a literatura jurídica do *usus modernus*, veja-se Alfred Sölner — *Zu den Literaturtypen des deutschen Usus modernus* in *Ius Commune*, II, Francoforte, 1969, 167--186. Entre os juristas do *usus modernus*, são, ainda, de salientar os alemães B. Carpzov (1595-1666), J. Brunnemann (1608-1672), David Mevius (1609-1670), Georg Adam Struve (1618-1692), Justus Böhmer (1674-1749) e A. Leyser (1683-1752). Nos Países Baixos — onde o *usus modernus* se combinou com a erudição humanista — são de referir os nomes de J. Noodt (falecido em 1725), Johan Voet (falecido em 1714), Cornel van Eck (1664-1732), Brenkmann (1680-1736), A. Schulting (1659-1734) e C. van Bynkershoeck (1672-1745).

Tal posição conduzia, pois, à indagação de qual o direito romano efectivamente vigente. Ora, é a partir da verificação dessa vigência que o *usus modernus* vai entroncar no Direito Natural. O esquema de raciocínio é o seguinte: se há, ainda, um *usus modernus* de certas leis romanas é porque, presumivelmente, elas são conformes à razão. Se assim não fosse, não teriam tais normas conservado a sua vigência. Acaba, pois, o *usus modernus* por ser como que uma objectivação histórica do próprio direito natural. Nesse sentido, os *Estatutos da Universidade* (L. II, tit. V, C. 3 § 7), mencionando o uso moderno das Leis Romanas nas Nações civilizadas, dirão que elas devem ser aplicadas «*pois não he verosimil, que se entre ellas houvesse repugnânciu, pela qual se devão haver por abolidas, continuassem ainda hoje a observá-las tantas e tão sábias Nações*».

Cabe dizer que o *usus modernus pandectarum* traz consigo, também, uma valorização dos vários direitos pátrios. Na verdade, a atenção dada ao aspecto de *direito vigente*, que leva a seleccionar as normas romanas, conduz, igualmente, a uma maior atenção ao direito nacional: é que a ordem jurídica vigente é, afinal, constituída pelo direito nacional e pelas normas, conservadas pelo *usus modernus*.

Assim, pode dizer-se que direito natural, *usus modernus* e valorização do *direito pátrio*, são problemas interligados e que, com frequência, ocorrem na temática iluminista.

4. *Influência do Iluminismo, relativamente ao Direito, em Portugal. Os «estrangeirados»: Verney.* A influência iluminista em Portugal começa a fazer sentir-se por obra dos chamados «estrangeirados» [1], isto é, de portugueses que vivendo no estrangeiro sentem vivo desejo de fazer com que o nosso país comungasse no movimento de renovação que a Europa atravessava.

Esse espírito leva-os a insistir numa reforma dos nossos estudos jurídicos, preconizando a inclusão de cadeiras em que se versasse a «*História Romana e o Direito Natural e das Gentes*». Esse era já o pensamento de *D. Luis da Cunha* ao falar da «*grande utilidade, que se tiraria de que na nossa Universidade se estabelecesse huma cadeira em que particularmente se explicasse com a História Romana o Direito Natural e das Gentes, que consistem em certos princípios tirados da Ley natural e recebidos de todas as nações de que o direito romano não he mais que huma sombra que regra algumas cousas que a Ley Natural não*

1 Veja-se Jorge Borges de Macedo — «*Estrangeirados*» — *um conceito a rever*, Braga, sep. de *Bracara Augusta*, XXVIII, 1974.

previo por dependerem da diferença das circunstâncias dos tempos e dos lugares, o que não obstante o Direito Civil não pode estabelecer alguma cousa que seja contra o Natural de que se deriva» [1]; esse seria, também, o pensamento de *Luís António Verney* ao proclamar que *«Lei Natural, Lei Divina, Lei das Gentes são a mesma Lei com diversos aspectos. Da Jurisprudência Natural nasceram todas as leis civis, e principalmente as Leis Romanas, de que nós hoje usamos. De que fica claro que quem não sabe os principios da Jurisprudência Natural não pode entender bem a Romana, que é a mesma Lei Civil. Este é aquele ponto mui dificultoso, que não entendem os que estudam nessa Universidade* (de Coimbra) *e nem menos os que ensinam, porque se o entendessem, deveriam regular diferentemente os estudos»* [2].

Recomendava Verney que o escolar de leis, com carácter propedêutico devia começar pelos estudos da Filosofia, especialmente de Ética, não «somente aquela Ética que trata do Sumo Bem e Direito Natural mas também a que trata do Direito das Gentes»; em seguida, depois de ver «quais são as fontes do Direito todo, deve passar a estudar a História Romana. E, como esta não se possa entender bem, sem entender ao menos, a História Universal, por isso deve estudá-la (...)».

Após o estudante ter *«lido bem a História Romana, a qual dá luz para entender as Leis Romanas, deve, antes de fazer outro passo, ler a História do Direito Civil, principalmente do Romano»*. Só então o estudante tomaria contacto com os textos do direito romano, começando pelas *Instituições* — com o seu carácter de resumo elementar — e anotando o que se encontrava em vigor e o que, pelo contrário, constituía material caduco. Tendo, assim, uma visão geral do *Corpus Iuris* entraria, depois, em matérias especiais, começando pelo *«de Contractibus* que compreende a maior parte do Direito útil para o Foro, reduzindo ao dito todos os contratos debaixo dos seus títulos, e compendiando em poucas palavras o que estuda. Depois, *Últimas*

[1] *Instruções Inéditas de D. Luís da Cunha a Marco António de Azevedo Coutinho*, Coimbra, 1930, 16-17.

[2] Luís António Verney — *Verdadeiro Método de Estudar*, vol. IV, Lisboa (ed. Sá da Costa), *carta décima terceira*, 112-113. E mais adiante (pág. 119) acerca do papel da História, dirá *«Quando V.P. ouvir dizer a um jurista que não sabe a História Civil, principalmente a Romana, e a um Teólogo que ignora a História da Igreja, sem mais outro exame assente que nem Leis nem Teologia sabe; porque a História é uma parte principal destas duas faculdades, sem a qual não é possível que os homens as entendam»*. Consultem-se, também, as *Cartas sobre a Educação da Mocidade* de Ribeiro Sanches (ed. Coimbra, 1922).

vontades, substituições, etc.». Enfim — concluía Verney — *«no princípio do quinto ano deve o estudante ler o Direito Português ou as leis municipais, notando as coisas em que se diversifica do comum. Sem dúvida, é digno de admiração que saiam os homens das Universidades falando muito nas leis de Justiniano, que só servem faltando a lei municipal e nada saibam daquela lei por que se hão-de governar!»*.

Aqui temos, pois, o ideário propugnado por Verney: necessidade de estudo da verdadeira fonte do Direito que é a Filosofia, especialmente da Ética que trata do Sumo Bem, do Direito Natural e do Direito das Gentes; indispensabilidade de, antes do estudo do direito romano, conhecer a História Universal, a História Romana e a História do Direito Civil Romano; aproximação do direito romano, partindo de uma visão global, tirada das *Instituições*, e separando, nitidamente, aquilo que tem utilidade actual do que a não tem; urgência do estudo do direito nacional, no plano universitário. Por outras palavras, resumidoras: racionalismo, historicismo, *usus modernus* e valorização do direito pátrio. Veremos as repercussões que o programa de Verney vai ter na reforma pombalina do ensino.

Antes, porém, a cronologia impõe que observemos a importantíssima e, já atrás, mencionada *Lei de 18 de Agosto de 1769* que, nestas mesmas coordenadas, vai revolucionar a hierarquia das *fontes*, estabelecida nas *Ordenações Filipinas*. Só que — talvez por influência do iluminismo germânico — há, na lei citada, mais anti-romanismo que em Verney. Aliás, esse mesmo anti-romanismo está já declarado na importante Lei de 3 de Novembro de 1768, onde, a propósito do recurso de revista, no caso de sentença notoriamente injusta por ser contra *direito expresso*, se diz que «O Direito expresso (...) deve ser o Direito Pátrio dos meus Reinos, e não as Leis Imperiaes, ou Direito Civil, de que resultaria a mesma perplexidade do domínio e incerteza do direito das partes que he da Minha Paternal Intenção evitar quanto possível: E isto, não obstante a outra Ordenação do Livro terceiro, título sessenta e quatro». A sentença notoriamente injusta, por violação do *direito romano*, não dava, pois, direito a recurso de revista [1].

[1] Para a legislação, em geral, veja-se L. Cabral de Moncada — *O «século XVIII» na legislação de Pombal*, publicado, por último, in *Estudos de História e Direito*, vol. I, Coimbra, 1948, 82 e segs. e, agora, Almeida Costa — *Debate Jurídico e Solução Pombalina*, Coimbra, 1983. Quanto à evolução política, veja-se J. S. da Silva Dias — *Pombalismo e Teoria Política*, Lisboa, 1982.

5. *A lei de 18 de Agosto de 1769.* Nas *Ordenações Filipinas* pode dizer-se que, como fontes de direito, se indicavam, *grosso modo*, a *vontade do rei* [1] e o *utrumque ius* [2].

Agora, no século das luzes, mantém-se a vontade do monarca, mas pretende-se substituir o *utrumque ius* pela *razão*. Rei e razão serão as fontes de direito. A viragem vai ser marcada pela referida *lei de 18 de Agosto de 1769* que, pela sua constante referência à *boa razão*, foi crismada de *Lei da Boa Razão* [3]. Importa, pois, examiná-la.

Dentro das fontes nacionais, tomam-se medidas relativas ao *estilo da corte* e *costume*. Quanto ao primeiro, determina-se que o *estilo* só valerá, desde que tenha sido aprovado por *Assento da Casa da Suplicação*. No que diz respeito ao *costume*, estabelece-se que ele só será fonte de direito, desde que concorram três requisitos: *ser conforme à boa razão, não ser «contra legem»* e *ter mais de cem anos* [4].

Passando ao direito subsidiário, a lei de 1769, interpretando a expressão das Ordenações — «*As quaes Leis Imperiaes mandamos somente guardar pela boa razão, em que são fundadas*» — vem declarar que as normas de *direito romano* só serão aplicáveis quando, caso a caso, se mostrem concordantes com a boa razão.

Retomava-se, deste modo, o caminho encetado pela corrente racionalista do Humanismo. Essa *boa razão* — no dizer da lei — era aquela «*que consiste nos primitivos principios, que contém verdades essenciais, intrinsecas, inalteraveis, que a ethica dos mesmos Romanos havia estabelecido e que os Direitos Divinos e Natural formalisarão para servirem de regras Moraes, e Civis entre o Christianismo: ou aquella boa razão, que se funda nas outras regras, que de unanime consentimento estabeleceo o direito das Gentes para a direcção e governo de todas as Nações civilizadas: ou aquella boa razão, que se estabelece nas Leis Politicas, Economicas, Mercantis e Maritimas que as mesmas Nações Christãs tem promulgado com manifestas utilidades, do socego publico, do estabelecimento da reputação, e do augmento dos cabedaes dos Povos, que com as disciplinas destas sábias, e proveitosas Leis vivem felices à sombra dos thronos, e debaixo dos auspicios dos seus respectivos Monarcas, e Principes Soberanos (...)*» [1].

Aliás, em matéria *política, económica, mercantil* e *marítima*, acrescentava a Lei ser «*muito mais racionável e muito mais coherente, que nestas interessantes materias se recorra antes em casos de necessidade ao subsidio proximo das sobreditas Leis das Nações Christãs, illuminadas, e pollidas, que com ellas estão resplandecendo na boa, depurada, e sã jurisprudência; em muitas outras erudições uteis, e necessarias; e na felicidade, do que hir buscar sem boas razões, ou sem razão digna de attender-se, depois de mais de desassete seculos o socorro às leis de huns gentios; que nos seus principios Moraes, e Civis forão muitas vezes perturbados, e corrompidos na sobredita forma; que do Direito Natural tiverão apenas as poucas, e geraes noções, que manifestão os termos com que o diffinirão; que do Direito Divino, he certo, que não souberão cousa alguma; e que do Commercio, da Navegação, da Aritmetica Politica, e da Economia do Estado, que hoje fazem tão importantes objectos dos Governos Supremos, não chegarão a ter o menor conhecimento*» [2].

Como se vê, estabelecia-se, de um modo geral, que o direito romano só deveria ser utilizado quando em conformidade com a *boa razão* [3], e que, em matérias *políticas, económicas, mercantis* e *marítimas*, dever-se-ia recorrer *às leis das Nações civilizadas da Europa*, e

1 À vontade do rei se reconduzia, directamente, a *lei*, e, em certa medida, como vimos, o *estilo da corte* e o *costume*.

2 Considerando aí incorporadas as aderentes *opiniões de Acúrsio e Bártolo* e a *communis opinio*.

3 Assim a designou Correia Teles no *Commentario Critico à lei da Boa Razão em Data de 18 de Agosto de 1769*, Lisboa, 1824: «Denomino-a a lei da BOA RAZÃO, porque refugou as Leis Romanas, que em BOA RAZÃO não forem fundadas (...)».

4 *Lei da Boa Razão*, § 14: «(...) declaro que os Estilos da Corte devem ser somente os que se *acharem estabelecidos, e aprovados pelos sobreditos Assentos da Casa da Suplicação: e que o costume deve ser somente o que a mesma Lei qualifica nas palavras = longamente usado, e tal, por direito se deva guardar: = cujas palavras Mando que sejão sempre entendidas no sentido de concorrerem copulativamente a favor do costume, de que se tratara, os tres essenciaes requisitos: de ser conforme às boas razões, que deixo determinado que constituão o espirito de Minhas Leis: de não ser a ellas contrario em cousa alguma: e de ser tão antigo que exceda o tempo de cem annos* (...)». Como se vê — para além da *praescriptio* — acha-se o costume limitado pela *vontade do monarca* (não pode ser *contra legem*) e pela *razão* (deve ser conforme às *boas razões*).

1 *Lei, cit.*, § 9.

2 *Lei* e § *cit.*.

3 Cedo, no entanto, reconheceu o legislador quanto havia de arbitrário e vago no confronto do direito romano e boa razão, tal como o estabelecia a Lei de 18 de Agosto de 1769. Assim, logo três anos depois, nos *Estatutos da Universidade*, de 1772, (L. II, tit. V. c. III, § 6), vem dizer que «*porque a confrontação das Leis Romanas com tantas, e tão diferentes especies de Direitos e de Leis*, como são, o Direito Natural, o Divino, o das Gentes, o Politico, o Económico, o Mercantil e o Marítimo, *posto que seja o meio mais scientifico de se conhecer se ellas são applicáveis, por ser o unico em que se vai buscar a verdadeira raiz, e principio, porque ellas ou são, ou deixarão de ser applicáveis, he obra de muito trabalho*», admitia como «*caminho mais plano, e mais curto*» que se indagasse «*o uso moderno das mesmas Leis Romanas entre as sobreditas Nações, que hoje habitão a Europa*». Deste modo, se consagrava o *usus modernus Pandectarum*, como direito subsidiário em Portugal.

não ao direito romano, direito elaborado há mais de dezassete séculos por uns gentios que nada sabiam, nem mesmo Aritmética Política... [1]

Também o *direito canónico* não resiste à reforma iluminista. Aponta a lei o «*erro manifesto*» de se supor que no foro temporal «*se pode conhecer dos pecados, que só pertencem privativa, e exclusivamente ao foro interior e à espiritualidade da Igreja*» [2]; por esse motivo, e esclarecendo que aos tribunais seculares «*não toca o conhecimento dos peccados; mas sim e tão somente o dos delictos*» era o direito canónico proscrito do foro temporal, «*deixando-se os referidos textos de Direito Canonico para os Ministros, Consistorios Ecclesiasticos os observarem (nos seus devidos e competentes termos) nas decisões da sua inspecção*» [3].

Completava-se, nestes termos, o ciclo evolutivo do direito canónico na história das fontes de direito, no nosso país. Em 1211, o direito canónico sobrepunha-se ao próprio direito régio; agora, em 1769, deixa, sequer, de ter valor como fonte subsidiária.

De acordo com as premissas, vão, do mesmo modo ser condenadas a *Glosa de Acúrsio*, a *Bartoli opinio* e, implicitamente, a «*communis opinio*» [4].

Diz-se na lei que «(...) *sendo certo, e hoje de nenhum douto ignorado que Accursio e Bartholo* cujas authoridades mandou seguir a mesma Ord. no parag. I do sobredito tit., *forão destituidos não só da instrução da História Romana*, sem a qual não podião bem entender os Textos que fizeram os assumptos dos seus vastos escriptos, e não só dos conhecimentos da Philologia e da Boa Latinidade em que forão concebidos os referidos Textos; *mas também das fundamentaes regras de Direito Natural e Divino, que devião reger o espirito das Leis, sobre que escreverão:* e sendo igualmente certo que para suprirem aquellas luzes que lhes faltavão; ou porque na falta dellas ficarão os seus juizos vagos, errantes e sem boas razões a que as contrahissem; vierão a introduzir na Jurisprudencia (cujo caracter formão a verdade, e a simplicidade) as quasi innumeraveis questões metafisicas

1 A *Aritmética Política* correspondia à *Estatística* (ou *Estadística*, como também se dizia). Uma das principais obras do tempo é a de A. Young — *Arithmètique politique adressée aux societés économiques établies en Europe*, Haia, 1775, 2 vols.

2 *Lei, cit.*, § 12.

3 *Lei* e § *cits.*.

4 Entendia, porém, Borges Carneiro — *Direito Civil de Portugal*, tomo I, Lisboa, 1844, 63, que a «communis opinio» mantinha a sua vigência como critério para fixar a vagueza da noção de boa razão». Acrescentava que «A cit. L. 18 Ag. em quanto reprova as glosas de Acúrsio e de Bártolo, derogada a O. III. tit. 64. § 1., não derrogou este mesmo § 1. na parte em que elle nos casos omissos manda guardar a comum opinião dos Doutores com preferência às ditas Glosas».

com que depois daquella Escola Bartolina se tem illaqueado e confundido os direitos e dominios dos litigantes intoleravelmente: *mando que as glosas e opiniões dos sobreditos Accursio e Bartholo não possão mais ser allegadas em juizo nem seguidas na practica dos julgados; e que antes muito pelo contrário em hum e outro caso sejão sempre as boas razões assim declaradas, e não as authoridades daquelles, ou de outros similhantes Doutores da mesma Escola as que hajão de decidir no foro os casos ocorrentes*» [1].

Também, aqui, se não pode deixar de fazer um comentário. Como sabemos, Bártolo é recebido nas Ordenações Afonsinas, porque «*he communalmente mais conforme aa razom*»; agora, é expulso porque se não conforma às «*boas razões*». Sai, assim, Bártolo, do quadro das *fontes* pela mesma porta por onde entrara.

Falta, por último, referir o modo como na Lei de 18 de Agosto de 1769 se versa o problema dos *Assentos*.

Vimos atrás que, além da *Casa da Suplicação*, também as *Relações do Porto, Goa, Baía* e *Rio de Janeiro* se tinham atribuído o privilégio de proferir *Assentos*. Vai esta prática ser infirmada. Determina-se que só os Assentos da Casa da Suplicação ficarão tendo autoridade; havia, no entanto, a possibilidade de os Assentos das Relações subalternas adquirirem valor autêntico, desde que fossem confirmados pela *Casa da Suplicação* [2].

6. *Reforma dos estudos de Direito. O Compêndio Histórico e os novos Estatutos* [3]. Em 1770 foi criada uma comissão, denominada *Junta de Providência Literária*, com a finalidade de estudar as deficiências existentes no ensino universitário e de sugerir as reformas julgadas convenientes.

Logo no ano seguinte, em 1771, aparece um relatório — o *Compêndio Histórico do Estado da Universidade de Coimbra ao tempo da invasão dos denominados Jesuitas* — obra na qual, como o título indica, se atribuem aos jesuítas todas as causas de decadência da Universidade conimbricense [4], e se apontam os caminhos necessários à sua restauração.

1 *Lei, cit.*, § 13.

2 *Lei cit.*, § 8.

3 Veja-se Almeida Costa in *Dicionário de História de Portugal* s.v. *Leis, Cânones, Direito, Faculdade de*, 680 e segs..

4 Acerca de outra obra desta época — a *Deducção Chronológica e Analytica* — comentará o mais que insuspeito Herculano que o seu autor «attribue aos jesuitas as epidemias, e não sei se as chuvas nocivas e as tempestades (...)».

No tocante ao Direito — matéria que, no *Compêndio*, se parece dever, principalmente, a João Pereira Ramos de Azeredo Coutinho — recomendava-se o estudo da *história jurídica* e da *história geral*, pois, só assim, se poderia compreender o espírito da lei; igualmente, e com idêntica finalidade, se insistia na necessidade do estudo das línguas *latina* e *grega*, da *retórica* e da *lógica*, e da autêntica *Metafísica*.

Também se aponta a indispensabilidade de conhecimento do *direito natural*, já que ele constitui o alicerce ou fundamento de todo o direito positivo; este mais não é do que a aplicação dos princípios de direito natural a um determinado condicionalismo geográfico e histórico [1].

Enfim, o *Compêndio Histórico* insurge-se contra o facto de, na Universidade, se estudar, apenas, o direito romano, com completa postergação do direito pátrio. Há, pois, como se vê, exaltação do direito natural e do direito pátrio que, consoante muito bem observa Merêa, se encontram conciliados e não opostos [2]; conciliação que melhor se compreenderá quando se tiver em atenção que, de acordo com o que atrás se disse, o direito pátrio mais não é do que a solução que decorre da aplicação do direito natural a um certo condicionalismo.

Em 1771, estava pronto o *Compêndio Histórico* e, logo em 1772, saem os novos *Estatutos da Universidade de Coimbra*, vulgarmente chamados «pombalinos», fruto, também, da actividade da *Junta de Providência Literária*.

No que respeita ao ensino jurídico [3] «considerando, que nenhum Direito pode ser bem entendido *sem hum bom conhecimento prévio; assim do Direito Natural, Publico Universal, e das Gentes; como da História Civil das Nações, e das Leis para ellas estabelecidas*, conforme as diferentes Epocas dos tempos, e as diversas conjunturas, que nellas ocorreram; por serem estas prenoções indispensáveis para a verdadeira intelligencia de todas as Leis, e do genuino sentido dellas», ordenava-se que, na Universidade, houvesse Lições Publicas: «*I.º do Direito Natural, Publico Universal e das Gentes: II.º da História Civil do Povo, e Direito Romano: III.º da História Civil de Portugal, e das Leis Portuguesas*» [1].

Para cumprimento deste programa, criavam-se uma cadeira comum às Faculdades de Leis e Cânones, oito próprias da Faculdade de Leis e sete da de Cânones.

A cadeira comum seria a de *Direito Natural Publico Universal, e das Gentes* [2]. As oito cadeiras próprias da Faculdade de Leis seriam, em linguagem que, nitidamente, revela a febre classificatória da época [3], «*huma subsidiária, duas elementares, tres syntheticas e duas Analiticas*» [4]. A subsidiária seria a Cadeira de *História Civil dos Povos, e Direitos, Romano e Portuguez*. As três sintéticas seriam, duas de *direito romano* e a terceira de *direito pátrio;* as duas cadeiras analíticas seriam, ambas, de *direito romano e pátrio*.

Com toda a minúcia se descrevia o que deveria ser a actuação do professor. Assim, na História do Direito Português, conforme se já recordou no início desta obra, começaria o Professor «*pela História das Leis, Usos e Costumes legítimos da Nação Portuguesa: Passando depois à História da Jurisprudência Theoretica ou da Sciencia das Leis de Portugal. E concluindo com a História da Jurisprudência Pratica ou do Exercício das Leis; do modo de obrar e expedir as causas e negócios nos Auditórios, Relações e Tribunais destes Reinos*» [5].

Constitui espelho perfeito da mentalidade setecentista o programa traçado quanto à investigação do direito natural. Prescrevia-se que «*como cidadão livre, do Império da Razão procurará o Professor a*

1 Montesquieu — *L'Esprit des Lois*, Liv., I, cap. III: «*La Loi en general, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre; et les Lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être, que les cas particuliers, ou s'applique cette raison humaine*».

2 Paulo Merêa — *De André de Resende a Herculano*, in *Estudos*, 23.

3 Fundamental, Paulo Merêa — *O ensino do Direito* in *Jurisconsultos Portugueses do Século XIX*, direcção e colaboração de José Pinto Loureiro, Lisboa, 1947, 149-190.

1 *Estatutos*, Liv. II, tit. II, cap. III, § 10.

2 Logo pouco depois da publicação dos *Estatutos*, os Conselhos das Faculdades Jurídicas (Leis e Cânones) adoptaram como compêndio para a cadeira o livro do barão *de Martini — Positiones de lege naturali in usum auditorum* (1764). A obra de Martini — que era discípulo do filósofo C. Wolff — constituiu livro de texto, em Coimbra, até, 1843, durante setenta anos. Diga-se, ainda, que, em 1768, tinham sido traduzidos os *Elementos de Direito Natural*, de Burlamaqui, outro discípulo de Wolff. (Veja-se, neste ponto, L. Cabral de Moncada — *Subsídios para uma História da Filosofia do Direito em Portugal (1772-1941*, Coimbra, 1938, 10 e segs.). A esquerda liberal não tinha grande apreço por Martini, a quem apodava de «*tenebroso*». (*O Astro da Lusitania*, n.º XX, 9 de Dezembro de 1820). Sobre a influência de Martini em Portugal, veja-se, também, J. S. da Silva Dias — *Pombalismo*, 47-58.

3 A tal ponto se viviam as classificações que Elescano Barreto e Aragão (*Demetrio Moderno*, 80) acusa os «Escriptores mais insignes de se arrojarem a interpretar» sem saberem que espécies de Leis interpretarão (...) *e sobre que objecto forão ellas promulgadas; isto he; se sobre algum dos três Reynos da Natureza: a saber; Mineral, Vegetal, e Animal* (...)».

4 *Estatutos*, Liv. III, tit. II, cap. V, § 3.

5 *Estatutos*, Liv. II, tit. III, cap. IX, §§ 1 e 2.

verdade, a ordem, a dedução, o methodo, e a demonstração, onde quer que a achar (...) O Código da Humanidade será somente o Authentico. Os preceitos que a Natureza escreveo nos corações do Homem, serão unicamente os que nesta jurisprudência tenham autoridade e força de Lei. O Magistério perpetuo, e sempre indeclinável, será só o da Razão. Este Lume Divino participado ao Homem pelo Supremo Author da Natureza, será a Estrella, que o encaminhe para não se perder nos cachopos da vã e desordenada especulação, em que infelizmente tem naufragado grandes engenhos; porque a não ordenaram com as devidas cautelas; e porque se quizeram sujeitar aos errados systemas de uma má Filosofia, e aos seus corrompidos costumes. A Razão será pois a sua primeira Mestra; o Oráculo, a que elle primeiro recorra e que primeiro consulte. Esta he a Fonte de toda a Legislação da Natureza. Della deduzirá os preceitos naturais, e por Ella o demonstrará, pondo-os na maior luz, e evidência, de que Elles possam ser susceptiveis» [1]. Era bem o século que falava.

Na exposição da matéria, deveria o Professor seguir o *método sintético-demonstrativo-compendiário*, isto é, deveria organizar compêndios «breves, claros e bem ordenados com o succo e a substância das doutrinas», dando primeiro que tudo as «definições e as divisões das matérias, que mais se ajustam às Regras da boa Dialéctica: Passando-se logo aos primeiros princípios e preceitos gerais mais simplices e mais faceis de se entenderem: E procedendo-se delles para as conclusões mais particulares, formadas da combinação de maior número de ideias e por isso mais complicadas e sublimes, e de intelligencia mais dificultosa».

É na sequência deste espírito que se ordenava que o Professor de *História do Direito Português* formasse «*hum Compendio Elementar da dita Historia do Direito, e de todas as suas partes, proprio e accomodado para as Lições annuaes*».

Tal como em Verney e no *Compêndio Histórico*, também nos *Estatutos* se encontram, pois, os habituais temas do pensamento setecentista: exaltação do direito natural e das gentes, visão do direito romano através do «*usus modernus pandectarum*», atenção concedida ao direito pátrio, apologia do método histórico e da síntese na investigação e exposição.

Muito se pode discutir nos *Estatutos pombalinos;* mas advirta-se que, nessa discussão, se apreciarão mais presumíveis defeitos da época do que da própria reforma. Raras vezes uma reforma terá sido

[1] *Estatutos*, Liv. II, tit. III, cap. V, §§ 6, 7, 8 e 9.

tão fiel e completa tradução do espírito do seu tempo; por isso, também, ainda hoje, ela pode ser apresentada como a única reforma do ensino universitário, verdadeiramente estruturada, que se produziu em Portugal [1].

7. *A cultura jurídica.* No período que se segue à publicação dos novos Estatutos aparece como o maior intérprete do espírito pombalino, o Professor da Faculdade de Leis da Universidade de Coimbra, *Pascoal José de Melo Freire*. Vai Melo Freire, em obediência às directrizes universitárias, redigir um compêndio de História do Direito Português — a *Historia Iuris Civilis Lusitani*, publicada em 1778 — para cuja importância já, anteriormente, se chamou a atenção. Mas, a obra de Melo Freire não se confinou ao campo histórico; também, no âmbito do direito português vigente, publicou uma obra de síntese — as *Institutiones Iuris Civilis Lusitani*, saídas entre 1780 e 1793. Compõem-se as *Institutiones* de quatro volumes e neles se ocupa Melo Freire, sucessivamente, do *direito público, direito das pessoas, direito das coisas* e *obrigações e acções*; o *direito criminal*, precisamente pela sua especialidade, foi versado num outro volume, denominado *Institutiones Iuris Criminalis Lusitani* (1794). É Melo Freire um autor perfeitamente identificado com a melhor bibliografia do seu tempo, bom conhecedor dos intérpretes alemães do *usus modernus pandectarum*. Como defeito, pode-se-lhe apontar o de nem sempre ser profundo, já que o seu enciclopedismo o leva a muita simplificação, quando não a repetição abreviada de autores estrangeiros.

Além de Melo Freire há, ainda, a mencionar, nesta época, *Francisco Coelho de Sousa e Sampaio*, autor das *Prelecções de Direito Pátrio Publico e Particular*, Coimbra, 1793-1794, e das *Observações às Prelecções de Direito Pátrio, Público a Particular*, Lisboa, 1805; *Ricardo Raimundo Nogueira*, que escreveu umas *Prelecções de Direito Pátrio*, obra de muito interesse, publicada postumamente [2]; *Vicente Cardozo da Costa*, autor, entre outros trabalhos, da já referida *Compilação Systematica das Leis Extravagantes de Portugal*, Lisboa, 1799, dos

[1] Por ocasião do segundo centenário da publicação dos *Estatutos*, veja-se Joaquim Ferreira Gomes — *A Reforma Pombalina da Universidade (Nótula Comemorativa)*, Coimbra, 1972, separata da *Revista Portuguesa de Pedagogia*, Ano VI, 1972 e, principalmente, António Hespanha — *Forma e valores nos Estatutos Pombalinos da Universidade (1772)* in *Vértice*, vol. XXXII, Coimbra, 1972, 927 e segs. e, depois, em *A História do Direito na História Social*. Lisboa, 1978, 150 e segs..

[2] Sobre Coelho de Sousa e Sampaio e Ricardo Raimundo Nogueira, veja-se, agora, Marcello Caetano — *História* (1981), 40-41.

Elementa Juris Emphyteutici, Coimbra, 1789 e, também, do estudo *Que he o Codigo Civil?*, este, aliás, publicado no período seguinte, em 1822; *Pereira e Sousa* que escreveu as *Primeiras linhas do processo civil*, *Primeiras linhas do processo criminal* e as *Classes dos Crimes;* e *Almeida e Sousa*, conhecido por *Lobão* — terra onde exercia a sua profissão — advogado que, nem sempre com a devida ponderação, versou variadíssimos temas de direito português. E, enfim, cite-se *António Ribeiro dos Santos*, também professor em Coimbra e, como adiante se dirá, crítico acérrimo de Melo Freire, no projecto do *Novo Código*, por este elaborado. De entre os trabalhos de Ribeiro dos Santos destacam-se, precisamente, as *Notas ao Novo Código*, onde se exibe sólida e erudita preparação histórica. Da leitura destas *Notas* e, nomeadamente, da dos seus manuscritos que hoje se encontram recolhidos na *Biblioteca Nacional de Lisboa*, parece poder afirmar-se que o saber histórico-jurídico de Ribeiro dos Santos em nada era inferior ao de Melo Freire; só é de lamentar que não tenha chegado a escrever obra de carácter geral [1].

8. *O Novo Código.* A partir da promessa de D. João IV de feitura de novas *Ordenações*, várias foram as tentativas não concretizadas. Já no limiar da época que nos ocupa, no reinado de D. João V, pensa-se, mais uma vez, na empresa, aliás com alguma reserva do célebre Alexandre de Gusmão, que dizia que «*A collecção das Ordenações do Reino, que deve fazer o Corpo do Direito da Nação Portuguesa, não he obra, que se possa fazer com tanta ceremonia, e facilidade como elles incautamente imaginão*» [2].

Posteriormente, D. Maria I, por Decreto de 31 de Março de 1778, «considerando (...) que esta (a felicidade dos povos) se não poderá conseguir sem huma clara certeza e indubitável intelligencia das Leis, a qual hoje se tem feito mais dificil, tanto pela multiplicidade de humas, como pela antiguidade de outras que a mudança dos tempos tem feito impracticáveis» criou uma Junta de Ministros, presidida pelo Visconde de Vila Nova de Cerveira [3], com obrigação de se reunir

[1] Quanto à cultura jurídica desta época, veja-se, ainda, António Hespanha — *Sobre a prática dogmática dos juristas oitocentistas* in *A História do Direito*, 70 e segs.

[2] *Collecção de Vários Escritos Inéditos, Políticos e Literários de Alexandre de Gusmão*, Porto, 1841, carta a fr. Gaspar da Incarnação Moscoso, 59. O «*elles*» referia-se a certos doutores e desembargadores, a seguir mencionados na carta.

[3] Os restantes membros eram os Doutores José Ricalde Pereira de Castro, Manuel Gomes Ferreira, Bartolomeu J. Nunes Giraldes de Andrade, Gonçalo J. da Silveira Preto e João Pereira Ramos de Azeredo Coutinho. Veja-se, também, R. e M. de Albuquerque — *História*, vol. II, 130 e segs.

ao menos uma vez em cada semana, e com o encargo de fazer «*o exame não só das muitas Leis dispersas e Extravagantes que athe agora se têm observado, mas tão bem as do Corpo de Ordenação do Reino*».

Nascia, no entanto, a empresa sob os auspícios de um muito limitado reformismo. Com efeito, dizia-se no Decreto não haver intenção de abolir, de todo, a Ordenação, «*constando-me a boa aceitação com que athe ao presente tem sido recebida de todos os meus vassallos; e não sendo conveniente ao meu Serviço obrigar aquelles Ministros costumados a julgar e fazer o seu estudo pelos antigos Códigos deste Reino a um novo methodo, ainda que melhor na opinião de alguns, certamente para aquelles mais dificil*»; por isso, se recomendava que devia ser «*distribuido tudo pela fundamental divisão dos cinco livros da Ordenação*» [1].

Determinava a Rainha que se averiguassem «Primo: quaes Leis se achão antiquadas e pela mudança de coizas inuteis para o presente e futuro. Secundo: quais estão revogadas em tudo ou em parte. Tertio: quais são as que na practica forense tem sofrido diversidade de opiniões na sua intelligencia causando variedade no estilo de julgar. Quarto: as que pela experiência pedem reforma e inovação em beneficio publico para que sendo elle presente tudo *Eu determine estabeleça o que deve constituir-se no novo Código*» [2].

Não foi, todavia, frutuosa a actividade da comissão, até que, em 1783, Melo Freire foi encarregado de escrever o *livro segundo* do projecto, respeitante ao *direito público*, e, depois, o *livro quinto*, sobre *direito criminal*. Tendo Melo Freire terminado o seu trabalho, foi ordenada, em 1789, a revisão do projecto de direito público. Da *Junta de Censura e Revisão* fazia parte Ribeiro dos Santos que — ao con-

[1] Este reformismo, bastante «*para iluminista ver*», foi, mais tarde, criticado, em termos irónicos, por Borges Carneiro: «Está em boa aceitação a Ordenação do Reino. Tão bem os Turcos e os Judeus tem em grande aceitação o seu Alcorão e os legaes do Deuteronomio, porque lhes ensinarão desde a infância que são aquelles os melhores Códigos do mundo». Não quer obrigar os Ministros a estudos novos. Há uma razão mais pueril? Deverá pois a presente e futuras gerações viver para sempre embaidas em preocupações, porque não tenhão incomodo alguns septuagenarios do tempo presente? «Os Membros desta commissão sigão a divisão das matérias adoptadas no Código actual». Não é isto principiar por maniatar os redactores, e querer o Secretário d'Estado ensinar o Padre Nosso ao Vigario?» (Borges Carneiro — *Juizo Critico sobre a Legislação de Portugal ou Parabola VIII acrescentada ao Portugal Regenerado*, Lisboa, 1821, 12, nota (a), obra publicada sob o pseudónimo de D. C. N. Publicola).

[2] Neste mesmo Decreto de 31 de Março de 1778, se indicavam certos jurisconsultos que ficavam com o encargo de pôr em ordem, compilar e examinar o que devia entrar nos cinco livros do novo Código.

trário de Melo Freire, teórico do despotismo — se inclinava para as novas ideias do liberalismo.

Deste modo, na apreciação do projecto de direito público, vai estabelecer-se discussão entre Melo Freire e Ribeiro dos Santos [1]. Este, na sua crítica, insistia na necessidade de definição das *leis fundamentais* do Estado, das regras de sucessão dinástica, do esclarecimento dos direitos, foros e liberdades dos povos e da função das *Cortes;* Melo Freire defendia a feição absolutista do seu projecto, reagindo, com energia, ao aliás moderado liberalismo de Ribeiro dos Santos. Mas, nem mesmo com índole absolutista, conseguiu o projecto chegar a lei [2]. Não estavam os tempos para inovações ou reformas de qualquer tipo que fossem, e, muito menos, em direito público. A Revolução Francesa tinha vindo esfriar os ânimos das Cortes esclarecidas [3] [4]. Aliás, havia quem entendesse, com lucidez, que o projecto do *Novo Código* só teria sentido, em *Portugal,* após uma revolução liberal [5].

1 As críticas de Ribeiro dos Santos ao livro segundo do *Novo Código* e a resposta de Melo Freire foram editadas em Coimbra, em 1844. O projecto de Direito criminal — que não chegou a ser discutido — foi impresso em Lisboa, em 1823.

2 Para a história do *Novo Código,* veja-se Braga da Cruz — *O movimento abolicionista e a abolição da pena de morte em Portugal,* Lisboa, 1967, 50, nota (96).

3 Melo Freire, depois de dizer que «*o chamado pacto social é um ente suposto, que só existe na cabeça e imaginação alambicada de alguns filósofos,* (*Resposta,* 88), afirmava que «*A história nos ensina, e agora o experimentou a França, quão funestissima foi em todos os tempos a liberdade de pensar e de escrever, assim a respeito das matérias de religião, como do Estado*». E concluía que «*convem politicamente a ignorância até certo ponto; nem o Estado se pode bem regular sem que nelle reinem certos principios de honra e pundonor, e certo modo de pensar em geral, de que os filosofos sombrios se riem*» (*Resposta,* 98-99). O que não deixa de ser curioso — como já muito bem anotou Merêa (*De André de Resende a Herculano,* 29, nota 1) — é que, nos fins do século XIX, Melo Freire venha a ser indicado como o mestre da nova geração liberal. Aliás, deve mesmo ter-se em atenção que os homens de 1820 — como Borges Carneiro e Fernandes Tomaz — mostram, quase sempre, grande deferência para com Melo Freire.

4 O que não quer dizer que, mesmo depois da fuga da família real para o Brasil, o Conde de Linhares não escrevesse do Rio de Janeiro a João Pedro Ribeiro — mas com escassa convicção — insinuando-lhe a tarefa de feitura do *Novo Código.* (Carta de 11 de Janeiro de 1809, que possuimos: «(...) Se eu tivesse direito d'importuná-lo, lembrarlhe hia agora o trabalho de hũa redução geral do nosso Codigo, obra com que S. A. R. deve immortalizar a sua Regencia, e de que tanto necessita a nossa Nação e que ninguem mais digno de reduzir e formar do que aquelle a quem tenho a honra d'escrever. Talvez o trabalho de pôr em ordem a nossa Torre do Tombo, seja outro mais analogo ao seo gosto, e tambem de grande utilidade.»

5 Borges Carneiro — *Juízo Crítico,* 12, nota (a): «O projecto de um novo Código tem sido emprehendido em diversos reinados, porém impossível fazer-se cousa boa sem uma revolução, que quebrasse as bases dos Direitos estrangeiros e do feudalismo, adoptadas para o nosso regime, e que supplantasse os caprichos e preocupações, com que sempre se queria proceder nesta matéria»; também, a pág. 193, nota (a), a propósito de privilégios do foro, afirmava: «Estas últimas palavras escrevia Mello, subentendendo a feitura do novo Codigo. «Poderia porém sem uma revolução esperar-se a cura de males tão araigados?»

9. *A primeira invasão francesa e o Código Napoleão.* Em breve anotação, é de referir que, por ocasião da 1.ª Invasão Francesa, liberais houve que reclamaram a entrada em vigor, no nosso país, do *Código Napoleão;* solicitavam, além disso, uma Constituição análoga à do Grão-ducado de Varsóvia e um príncipe da família imperial, à frente de Portugal. Sabemos, ainda, que Napoleão — que se achava em Baiona — em duas cartas, dirigidas a Junot, datadas de 15 de Maio e 3 de Junho de 1808, perguntava se havia inconveniente em publicar o Código, em Portugal, e pedia que fossem encontrados tradutores capazes; na última carta, em especial, confirma o desejo de o Código ser impresso e publicado. Sabemos que da tradução do Código foi encarregado José Joaquim Ferreira de Moura — que a executou — e que, depois, se começou a impressão [1]. Também, o desembargador Francisco Duarte Coelho fez um relatório sobre o Código, que depois lhe valeu, na polícia, a acusação de conivência com o invasor. O desembargador defendeu-se, dizendo que o relatório respeitava, apenas, à tradução do Código. E por aqui se ficou a tentativa [2].

1 A intervenção de Ferreira de Moura na tradução e impressão do Código é testemunhada numas notas manuscritas de um condiscípulo universitário de Moura, cujo conhecimento devemos a A. Hespanha e que muito agradecemos. Aliás — embora não indicando nomes — os factos são confirmados por Acúrsio das Neves que fala, mesmo, em «códigos». Cfr. J. Acúrsio das Neves — *História Geral da Invasão dos Franceses em Portugal e da Restauração deste Reino,* Tomo II, Lisboa, s. d., mas 1984, 412: «Já se tratava da introdução dos códigos franceses, e tenho o desgosto de anunciar que doutores portugueses trabalharam na sua tradução, e já um deles estava na imprensa; foi uma das obras que a feliz insurreição das nossas províncias do Norte e Sul fez abortar; (...)».

2 O principal mérito na recolha dos dados, respeitantes aos desígnios de Napoleão, cabe a Albert Silbert, na colectânea de estudos intitulada *Do Portugal do Antigo Regime ao Portugal Oitocentista,* Lisboa, 1972, 72, 140-142 e 185. Também José Antônio de Sá na *Demonstração Analytica dos Barbaros, e Inauditos Procedimentos Adoptados como Meios de Justiça pelo Imperador dos Franceses para a Usurpação do Throno da Serenissima e Augustissima Casa de Bragança, e da Real Coroa de Portugal* (...), Lisboa, 1810, 116, diz que «se se consentio ainda julgar-se pelas Ordenação existentes, não tardaria em suceder a estas o Código Napoleão, e os Tribunais de Cassação às nossas Relações (...)». Do mesmo Autor e repetindo a afirmação, veja-se *Defeza dos Direitos Nacionaes e Reaes da Monarquia Portuguesa,* 2.ª ed., Tomo I, Lisboa, 1816, 196. Mas veja-se, também, agora, Graça e J. S. da Silva Dias — *Os Primórdios da Maçonaria em Portugal,* vol. I, tomo I, Lisboa, 1980, 502-503.

PERÍODO DE INFLUÊNCIA LIBERAL E INDIVIDUALISTA
(1820-1926)

1. *Características gerais do período de influência liberal e individualista. A Revolução de 1820.* O iluminismo aceitara que o programa de Razão fosse realizado pelo déspota esclarecido: as reformas solicitadas pelas *luzes do século* seriam actuadas pelos próprios monarcas, pelos reis-filósofos. Todavia, de um modo geral, 1789 vai pôr ponto final nessa euforia racionalista: a *Revolução Francesa* e o ambiente de anarquia que se lhe segue, provocam, em toda a Europa, um movimento de recuo no há pouco encetado reformismo.

Sentem os monarcas natural desconfiança quanto às consequências últimas desse programa de Razão e, daí, que seja tendência a do regresso às formas do governo absoluto, exercido à maneira pré-iluminista. Por isso, a evolução futura será caracterizada, pelo menos nos primeiros tempos, por um quebrar de aliança entre *rei* e *reformismo*. Tentam, ainda, os reformistas demonstrar que tal política só servirá para acelerar a eclosão de novas revoluções; todavia, começa a ser geral o sentimento de descrença quanto à possibilidade de os monarcas virem a ser os directos realizadores da *filosofia das luzes* [1].

Deste modo, a filosofia liberal é, na sua premissa, uma filosofia de desconfiança relativamente ao poder político, poder que, no plano histórico, se achava identificado com a monarquia absoluta: pretende-se defender o *Homem* [2] da *Sociedade Política*.

Esta necessidade de reacção frente à prepotência estadual levará, consoante resume Moncada, à afirmação da existência de *direitos*

---

[1] Veja-se «*O Campeão Portuguez ou o Amigo do Rei e do Povo*», Londres, 1819, (jornal editado por José Liberato Freire de Carvalho), vol. II, de 1 de Outubro de 1819, 220: «Se os Reis fossem tão iluminados como os homens instruidos do seu século, por certo que mui capazes serião de evitar todas as commoções politicas e até de dirigirem elles mesmos a civilização dos seus povos. Isto, com effeito, farião por interesse e conservação própria, quando não fosse por principios de humanidade, e por cumprirem um dever: mas, por uma fatalidade funesta, quase todos andão um bom seculo atrazados das luzes do tempo em que vivem».

[2] No *Astro da Lusitânia* de 3 de Março de 1821, refere-se o «summo despreso dos sagrados Direitos do Homem, despreso que passou a ser hum dever desde os tempos do Marquez de Pombal, e que tanto se propagou nos tempos d'alguns Intendentes pelos pretextos mais frivolos. Nós conhecemos três mancebos brazileiros que em 1802 forão presos por J. A. por terem en sua casa a carta de Heloisa a Abeillard, traduzida em versos liricos e que causa sonno a quem mesmo tiver tomado 12 chicaras de cafe (...)».

individuais, anteriores à sociedade política e insusceptíveis de modificação, à declaração da *liberdade e igualdade de todos os homens* perante as leis, de *soberania popular e nacional*, de *governo representativo*, de *separação dos poderes*, de *monarquia constitucional e parlamentar*, e à afirmação de necessidade de *constituições escritas* [1].

Tudo, pois, construções destinadas a realçar a posição do homem-indivíduo, a diminuir a força do Estado, e a querer consignar, por escrito, o estatuto das relações entre o indivíduo e a sociedade.

Podem, no entanto, distinguir-se duas concepções dentro do processo histórico do individualismo.

Numa primeira concepção — a, mais propriamente, denominada *liberal* — encontra-se o acento tónico na defesa da *liberdade* do indivíduo, frente ao Poder, e são dela sustentáculo a doutrina dos *direitos individuais* e da *separação dos poderes*. É o momento da construção de *limites* ao poder executivo, exaltação das *assembleias representativas* como *barreiras* destinadas à preservação dos *direitos individuais* [2].

Nesta maneira de ver — como afirmava José Liberato Freire de Carvalho — «Bem que pareça talvez indiferente o dizer que uma assembleia representativa faz ou não faz parte do Governo, será com tudo mais exacto dizer que ella he uma autoridade distincta. E com effeito assim he, porque *ella he o limite exterior do governo;* representa os governados; e não só os representa, mas advoga os interesses comuns que são os seus próprios. Em uma palavra, as assembleias representativas *nem governam, nem impedem de governar: impedem unicamente o desgoverno e a oppressão*» [1].

Existe todavia, uma segunda concepção — a *democrática* — que

1 Cabral de Moncada — *Estudos*, Vol. II — *Origens do moderno direito português — Época do individualismo filosófico ou crítico*, 58 e segs.

2 Borges Carneiro — *Discurso* pronunciado na sessão de 24 de Fevereiro de 1821, sobre o art. 21.º das Bases da Constituição in *Discursos Parlamentares dos Principaes Oradores Portugueses das Constituintes de 1821*, Porto, 1878, 22: «O poder executivo é sempre tentado a comer não é preciso apresentar-lhe mais pasto, não é preciso pegar-lhe no estribo para que nos monte: o que é necessário é estabelecer *barreiras de ferro* contra elle para que não possa ultrapassar os seus limites». E, no Discurso de 2 de Novembro sobre o veto, dirá: «Portanto eu presumo sempre mal dos governos e bem das Cortes: aquelles sempre tentados ao despotismo, estas à conservação do poder rectamente dividido» (*ob. cit.*, 59). Também Fernandes Tomaz afirmava, em *Discurso* de 5 de Novembro sobre a sanção das leis: «É que o poder executivo pelos mais diversos e importantes meios que tem à sua disposição para usurpar o poder legislativo, ordinariamente caminha para este fim. Esta experiência tem ensinado os escriptores, os legisladores de qualquer congresso a tomar medidas muito efficazes para pôr *barreiras* e *barreiras taes*, que o poder executivo nunca usurpe o poder legislativo» (*ob. cit.*, 134-135).

3 «*O Campeão Portuguez*», vol. I, n.º de 1 de Dezembro de 1819, 352.

exalta a *soberania popular*, o domínio do poder pela vontade colectiva do povo. Como diz De Ruggiero, a concepção *liberal* repousa na defesa da *liberdade;* a concepção *democrática*, na de *igualdade* [1].

Note-se, contudo, que as concepções *liberal* e *democrática* são complementares dentro do pensamento individualista: a premissa *liberal* traz uma conclusão *democrática*.

A teoria de *separação dos poderes* — e consequentemente a ideia de uma assembleia representativa, *barreira* ou *limite* do poder executivo — só pode ser, ideologicamente, coerente, se admitir que o poder dessa assembleia é superior aos demais poderes. Conforme afirma Bobbio «estritamente conexa com qualquer tipo de teoria da separação dos poderes está a ideia da supremacia do poder legislativo, fundamentada no motivo de que este último é, na verdade, a expressão da vontade popular» [2].

Como se sabe, é a *Revolução de 1820* que, em Portugal, vai marcar o começo do domínio do pensamento liberal, de que é um primeiro marco a promulgação da *Constituição de 1822*. Está fora do nosso âmbito o estudo das várias experiências constitucionais portuguesas [3]. Porém, historiando *fontes*, interessa consignar que o conceito de *lei* vai sofrer a alteração que as ideias, já indicadas, impõem. A *lei* que, como se viu, era a vontade do monarca, por qualquer forma manifestada é, agora, «*a vontade dos cidadãos declarada pela unanimidade ou pluralidade dos votos de seus representantes juntos em Cortes, precedendo discussão pública*» (Constituição de 1822, art. 104.º).

O deslocar da soberania, do rei para a Nação, faz com que, no plano das fontes, paralelamente, a *vontade do rei* seja substituída pela *vontade dos cidadãos* [4].

2. *O movimento de codificação em Portugal.* É ao individualismo que vai caber a tarefa de levar por diante a promulgação de *Códigos*, isto é, de diplomas legislativos cientificamente sistematizados e organizados abrangendo um importante ramo ou sector da

1 G. de Ruggiero — *Storia del liberalismo europeo*, Bari, 1925, 76-81.

2 N. Bobbio — *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Turim, 1957, 24, referido em M. Cattaneo — *Illuminismo*, 135.

3 Veja-se Marcello Caetano — *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Coimbra, 1967, 373 e segs. e, em síntese, *História Breve das Constituições Portuguesas*, Lisboa, 1972[3].

4 Acerca do conceito de *lei*, nesta época, veja-se Vicente Cardozo da Costa — *Que he o Codigo Civil? Notas*, nota (29), 133 e segs..

vida jurídica [1]. A ideia de uma codificação geral e conjunta de todos os ramos do direito tivera como última expressão — pelo menos no plano oficial [2] — a tentativa do *Novo Código*.

De acordo com fundamentação já lançada pelo *iluminismo*, entende-se que grande parte dos males que afligem a sociedade, provém da existente pluralidade de *fontes de direito* (lei, costume, estilo, direito romano, direito canónico) e da abundância desordenada de *normas extravagantes*. Há, pois, que unificar, sistematizar, simplificar; há que considerar como única fonte a lei e que conservar, em vigência, poucas e claras leis. Em resumo: *só a lei e poucas leis* [3]. O combate contra a pluralidade de fontes fora — como já se viu — encetado pela *Lei da Boa Razão* [4]. Mas esse problema e, bem assim, o

1 Consulte-se o estudo — ainda que muito elementar — de Mario E. Viora — *Consolidazioni e codificazioni — Contributo alla storia della codificazione*, Turim, 1967³. Veja-se, também, Giovanni Tarello — *Le Ideologie della Codificazione nel Secolo XVIII*, Génova, 1970.

2 De iniciativa particular vão, ainda, surgir os *Projectos de Ordenações para o Reino de Portugal*, Paris, 1831-1832, três tomos, de Silvestre Pinheiro Ferreira. No esquema do Autor, o *Livro Primeiro* conteria a *Carta Constitucional*, o *segundo*, as *Leis Orgânicas*, o *terceiro*, o *Código Civil*, o *quarto*, o *Código Forasteiro*, e o *quinto*, o *Código Penal*. Todavia, o articulado de Pinheiro Ferreira não foi além do *Livro Segundo*.

3 Veja-se o citado ensaio de Vieira de Castro *Sobre a Origem e Abuso da Multiplicidade de Leis*, 14 e segs. O passo é incisivo: «Quando o poder Legislativo de cada Estado se deve sugeitar a demoras e formalidades, que trazem consigo discussões, reflexão, e por tanto possibilidade de acertar, as Leis costumão ser poucas, e breves. Porém se os caprichos, e as paixões de hum Povo, de hum Senado ou de hum homem, se convertem peremptoriamente em Leis quem lhe fixará o termo? (...) Os Grachos rogarão mais Leis que nenhum Tribuno; Syla, que nenhum Consul; Diocleciano, ou Justiniano legislarão mais que Tito, ou Marco Aurelio. Do imbecil Claudio refere Suetonio no cap. 16 — «*Quodque uno die viginti Edicta proposuit*». E no cap. 23 «*dicitur etiam meditatus edictum quo veniam daret, flatum crepitumque ventris in convivio emittendi*». E, mais adiante, (pág. 19) acrescenta: «Nos desgraçados Imperios, que soffrem o jugo de hum despotismo irracional, são tantas as leis, quantas as paixões momentaneas do despota, de todos os seus innumeraveis Ministros, Vizires, Baxás, até dos Eunuchos e favoritas do serralho; e às vezes dos Janizaros, ou dos que influem na força pública». Veja-se, ainda, o brevíssimo *Discurso sobre a multiplicidade de Leys* de António Ribeiro dos Santos (B. N. L., F. G. Cod. 4677, fl. 231).

4 Por isso, Fernandes Tomaz — *Observações sobre o Discurso que escreveu Manuel d'Almeida e Sousa em favor dos direitos dominicaes da Coroa, Donatarios, e particulares*, Coimbra, 1814, § 34, págs. 42-43, aprova, sem reserva, o restrito condicionalismo do *costume*, demarcado pela Lei da Boa Razão: «Será sempre memorável entre nós e formará mesmo huma época notável na Legislação do Reino esta famosa Carta de Lei; e entre as suas providencias contemplamos como *extremamente acertada a que tem por fim marcar os caracteres do uso, ou costume porque estamos convencidos da justiça das seguintes reflexões que no presente século foram escritas por hum Author de boa nota e dellas damos o extracto:* A Lei escrita he a unica que pode merecer o nome de Lei, a *não escrita he propriamente huma ficção*. Há na Lei escrita huma base segura, manifesta, hum Legislador, huma vontade, e huma expressão desta vontade, huma época conhecida do seu nascimento. Na consuetudinária falta tudo isto. Sua origem he ignorada, cresce sempre, nunca pode ter fim, modifica-se sem se saber, etc.». Este «*Author de boa nota*» era Bentham que, no passo imediatamente anterior ao texto transcrito, definia o direito consuetudinário como sendo aquele «*par lequel on gouverne les animaux, et qui n'est pas digne des hommes*». (*Traités de Législation Civile et Penale*, Tomo III, Paris, 1802, cap. XXXI, 355).

da multiplicidade desordenada de leis não estavam, ainda, resolvidos quando sobreveio a revolução liberal [1]; com tal finalidade, irão surgir os *Códigos*, que deverão conter todo o direito vigente [2], nos vários ramos.

1 Já no *Portugal Regenerado em 1820*, Lisboa, 1820, dissera Borges Carneiro que «Houverão pois milhões de Leis e com tudo não houve legislação, houve hum cahos, que induzio no foro judicial e nos outros ramos da administração publica huma arbitrariedade absoluta» (pág. 18). E na segunda edição desta obra, também de 1820, acrescentava em nota: «tal legislação nas mãos do despotismo foi huma torneira de tonel: movem-na para a direita, sahe vinho; movem-na para a esquerda, sahe vinho.» (pag. 27, nota a). Mais tarde, no *Juizo Critico sobre a Legislação de Portugal*, afirmará, num dos passos mais vigorosos da obra: «*Houve milhões de Leis:* Leis dispositivas, prohibitivas, permissivas: Leis obrigatorias, derogatorias, declaratorias, ampliativas, restritivas: leis publicadas, leis ocultas: leis contrariadas por Avisos, por Resoluções Secretas mesmo por insinuações verbaes: leis nunca recebidas, leis recebidas mas desusadas; leis simplesmente taes, Cartas de Lei, leis de Rei com guarda e sem guarda, leis geraes, leis municipaes, Alvarás com força de Lei ou sem essa força, leis pátrias, romanas, de Nações vizinhas: Cartas Patentes, Cartas de Prego, Portarias, Assentos, Foraes, Posturas, Estilos, Costumes, Glosas, Opiniões de Doutores. Da outra parte o Direito Canonico, as Bullas, as Decretaes verdadeiras e falsas, os Breves, as Letras apostolicas, os Monitorios, as Declaratorias, as Inhibitorias, as admoestações canonicas, as escomunhões, as denegações de absolvição, as reservas à Corte de Roma ou ao menos à Nunciatura; depois da morte... ah! pobre cidadão, a que para fazerem bom bastaria uma educação regular e a Religião simples e santa e a quem fizeram mao, a quem algemaram tantas cadeias e tantas fabulas! O pobre Cidadão, o pobre Fiel amarrado de pés e mãos, não pode comer, não pode fallar, que não esbarre em uma Lei» (págs. 82-83). E a seguir, depois de denunciar a «mais viva comichão de querer governar em tudo», afirmava — «Estava-se esperando uma Lei que dissesse «pelo muito amor em que me sinto abrasado para com os meus amados vassalos, hei por bem permitir-lhes que possão andar, e comer em pé ou assentados».

2 Bentham — *Traités de Législation Civile et Pénale*, tomo III, cap. XXXI, 352: «Rédaction complète, voilà donc la première règle. *Tout ce qui n'est pas dans le corps de lois ne sera pas loi.* Il ne faut rien référer, ni à l'usage, ni à des lois étrangères, ni au prétendu droit naturel, ni au prétendu droit des gens. Le Législateur qui adopte, par exemple, le droit romain, sait-il ce qu'il fait? Peut-il le savoir? N'est-ce pas un champ éternel de disputes? N'est-ce pas d'un seul mot rendre à l'arbitraire tout ce qu'on a

Em princípio, o espírito destas modernas codificações é inteiramente diferente do que presidia à compilação das anteriores *Ordenações*. Agora, a lei é alicerce do futuro e não cúpula do passado: não se trata de recolher leis passadas.

«*Voulez-vous avoir des bonnes lois? Brulez les vôtres et faites-en de nouvelles*», dissera Voltaire [1].

Também, em Portugal, em 1822, Vicente Cardozo da Costa fazia a apologia do novo, aconselhando, vivamente, o abandono da tradição jurídica: «Que podem os Portugueses esperar se os que trabalharem, nos que se lhes destinão, tratarem de juntar montões de leis, para introduzirem huma aqui e outra alli, *apresentando à Nação com os nomes de Códigos humas mantas de retalhos, huns capotes de pobres*, como já por outra vez chamámos obra taes? (...) *Fechemos os livros, nossos concidadãos!* appliquemos a esta geografia geral das leis Civis esse espírito filosófico, esse espírito de invenção que Mr. Et. Dumont affirmava não se ter visto ainda empregado em tal assumpto! *Fechemos os Livros, Portugueses!*» [2].

Apelava-se, pois, para o espírito de invenção e, de acordo com o gosto da época, as Cortes abriram concurso, oferecendo prémios aos

prétendu lui ôter? Cet amalgame ne suffit-il pas pour corrompre tout un code? Qu'on mette ensemble deux quantités, l'une finie, l'autre infinie, la somme en sera infinie: c'est un axiome de mathematique». Em todo o caso, José Joaquim Ferreira de Moura — *Reflexões criticas sobre a Administração da Justiça em Inglaterra tanto no cível como no crime e sobre o jury n'uma serie de cartas a um Amigo*, Lisboa, 1826, 19, escrevia, em função da sua experiência britânica: «Reduzir o Código de uma Nação a um certo número de principios, e de normas collocadas em boa ordem he cousa facil; mas suppôr que isto seja sufficente (como suppõem alguns espiritos superficiaes que tu ahi conheces) he mero sonho — Nada he tão difficil como prever n'um Codigo todas as regras, de que carecem os infinitos, e multiplicados interesses de uma Nação rica, e opulenta».

1 Veja-se F. Wieacker — *História*, 367 e segs..

2 Vicente Cardozo da Costa — *Que he o Codigo Civil?, Notas*, nota (20), 59. Et. Dumont é o tradutor das obras do acima referido Jeremias Bentham que, nesta altura, em toda a Europa, tiveram grande influência. Um ano depois, também, na *Minerva Constitucional. Periodico de Philosophia, Litteratura, Política, e Variedades; Redigido por José Joaquim D'Almeida Moura Coutinho* (...), Coimbra, 1823, 3 se lia o seguinte: «Eles [os legisladores] não recebem as leis como huma tradição doméstica ou como testamento de nossos passados, que apenas nos deixem o cuidado, e obrigação de obedecer, mas da sociedade existente, ou de seus representantes, que são os legítimos depositários do resultado actual da vontade de todos. Longe de nós a perniciosa doutrina de que a auctoridade das leis é fundada na obrigação de executar as antigas convenções [...] Não devem as leis ser adaptadas aos costumes e circunstâncias? Como pois serem as leis immudaveis quando os costumes, e as circunstâncias mudão? Pode uma lei ser hoje excellente, e amanhã até prejudicial».

projectos de *Código Civil* e *Penal*, que viessem a ser escolhidos [1].

Mas, nem esta medida, nem a paralela, tomada posteriormente por Carta de Lei de 25 de Abril de 1835, sancionando o decreto das *Cortes* Gerais, de 18 do mesmo mês, e em que se prescrevia «que será paga pelo Thesouro Público uma gratificação de dezasseis contos de reis por uma vez somente ao Auctor de um Projecto de Código Civil que até ao dia dez de Janeiro de mil oitocentos trinta e sete o apresentar a alguma das Câmaras legislativas, sendo por ambas estas julgado digno de entrar em discussão (...)» lograram dar ao País o desejado *Código Civil*. Aliás, no campo do direito privado, surgirá, em primeiro lugar, a codificação do *direito comercial* [2]; na verdade, em 1833, por iniciativa de Ferreira Borges, fora publicado o *Código Comercial* [3].

Em 1845, é nomeada uma comissão encarregada de redigir os

1 Na verdade, em Abril de 1822, o deputado José Joaquim Rodrigues de Bastos, acérrimo defensor da ideia de concurso, afirmava, pleno de romantismo:

«Por mais que nós nos esforcemos por acertar na escolha dos membros de que deve compor-se a comissão de redacção do Código Civil, nunca nos poderemos lisongear de ter encontrado e escolhido os melhores: pois quantos homens haverá que nós não conhecemos, até pelo retiro ou obscuridade em que vivem e que contudo serão talvez os mais capazes daquella grande obra? Convidando-os pella decretação de um ou mais prémios, nós iremos pôr em contribuição voluntária as suas luzes dos distintos jurisconsultos, as quais de outra sorte se perderião na estreita esfera de seus gabinetes». Além de Vicente Cardozo da Costa, também há que ver o folheto *Ao soberano Congresso de Cortes offerece o Prospecto de Código Civil para entrar no concurso dos compiladores o Desembargador Alberto Carlos de Meneses*, Lisboa, 1822. O mesmo Alberto Carlos de Meneses elaborou um *Projecto de Código Criminal* que se acha manuscrito (B.N.L., F.G. 9758, n. 49). É um pequeno esboço de 5 folhas, concluído em Leiria, a 20 de Outubro de 1821.

2 J. Fernandes Tomaz, no seu *Relatório acerca do Estado Público de Portugal*, apresentado às Constituintes, em 1821, dizia, preocupando-se com o direito comercial, que «sendo tantas as leis que he impossível sabellas ou ao menos ter noticia dellas falta-nos com tudo saber as mais interessantes relações sociais — *O commercio, por exemplo, acha-se nesse caso*».

3 Conservou-se este Código até à promulgação do *Código Comercial* de 1888, de Veiga Beirão, ainda, fundamentalmente, em vigor. Havia, no entanto quem, no início do século XIX, condenasse a autonomia do direito comercial, dizendo servir «*só para legislar sobre uma partezinha do contrato da locação, que podia estar plenamente regulada, conforme a justiça, em duas ou três linhas*, que servissem para todos quantos Almocreves ou Conductores, tem havido no mundo, e poderão haver nelle até à consumação dos séculos. Por esta forma, *poderá ainda haver hum Código para os cegos, outro para os surdos, outro para os aleijados, em cada hum dos quais se apliquem as regras geraes da venda, da locação, da sociedade, do empréstimo, etc. etc. aos contractos que fizer cada huma destas especies de enfermos; e depois, também hum para os Manueis, e outra para os Franciscos* (...)». (Vicente Cardozo da Costa — *ob. cit.*, 112).

Códigos Civil e Penal: a comissão elaborou o *Código Penal* de 1852, mas não cumpriu o seu mandato quanto ao *Civil.*

É, então, que, em 8 de Agosto de 1850, é chamado a redigir um projecto de *Código Civil* o desembargador da Relação do Porto, António Luís de Seabra, futuro visconde de Seabra; a esse tempo foi igualmente indicada uma comissão de quatro professores de Coimbra, (Vicente Ferrer de Netto Paiva, Manuel Coelho da Rocha, Joaquim J. Pais da Silva e Domingos José de Sousa Magalhães) com o fim de, em colaboração com o autor do projecto, discutir o plano geral. Seabra, todavia, a breve trecho, julgou preferível trabalhar só, e veio a apresentar o seu projecto, em 1858, projecto esse sujeito posteriormente a apreciação duma comissão revisora, composta pelos quatro professores de início designados, e por mais quinze membros.

Terminados os trabalhos desta comissão, não sem que, de novo, tivessem surgido atritos com o autor do projecto, foi logo nomeada uma subcomissão, de que faziam parte o próprio Seabra, Vicente Ferrer, Alexandre Herculano e José Júlio de Oliveira Pinto, com a incumbência de dar ao projecto a sua redacção definitiva. Finalmente, votado e aprovado, com ligeiras modificações, pelas *Cortes*, veio o *Código Civil* a ser sancionado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867, ficando a sua entrada diferida para seis meses após a sua publicação, que só terminou em 21 de Setembro de 1867.

Também, no campo do *direito processual*, haverá codificação legislativa. Assim, em 1876, sai o *Código do Processo Civil* — que fora precedido da *Reforma Judiciária* (1832), da *Nova Reforma Judiciária*, (1836-37) e da *Novissima Reforma Judiciária* (1841). Em 1895, é promulgado o *Código do Processo Comercial.*

Do mesmo modo, agora no âmbito do direito público, foi o ramo do *direito administrativo*, objecto de tarefa codificadora. A partir do fundamental Decreto n.º 23, de 16 de Maio de 1832, de Mousinho da Silveira, sucedem-se os *Códigos Administrativos* de 1836 (Passos Manuel), 1842 (Costa Cabral), 1878 (Rodrigues Sampaio), 1886 (José Luciano de Castro) e 1895-96 (João Franco).

3. *A extinção dos forais* [1]. Vimos que, a partir da *reforma manuelina*, tinham os *forais* deixado de possuir a característica de estatutos de direito local, para se converterem em normas reguladoras dos encargos e prestações devidos ao rei ou aos donatários das terras.

1 Veja-se nesta matéria, Almeida Costa in *Dicionário de História de Portugal*, s.v. *Forais*, 280, bem como a bibliografia aí indicada. A essa bibliografia, há que acrescentar a posterior importante obra de Albert Silbert — *Le problème agraire portugais au temps des premières Cortes liberales*, Paris, 1968.

Ao aproximar-se o fim do século XVIII, começara a sentir-se necessidade de os *forais* serem objecto de tratamento legislativo, necessidade denunciada pelo próprio Melo Freire. É na Carta Régia de 7 de Março de 1810, expedida do Rio de Janeiro, que se diz haver sido ordenado aos Governadores do Reino que se ocupassem dos meios «*com que poderão minorar-se, ou supprimir-se, os Foraes, que são em algumas partes do Reino de um pezo intolerável*». Efectivamente, em 12 de Março de 1811, são emanadas ordens no sentido de os corregedores examinarem os excessos dos forais, e, em 17 de Outubro de 1812, uma portaria dos Governadores do Reino criou uma *Comissão para Exame dos Forais e Melhoramentos da Agricultura.* Ainda num Alvará com força de Lei, de 11 de Abril de 1815 — também do Rio de Janeiro — se reafirma o propósito de rever os «*inconvenientes que da antiga legislação dos foraes provinham ao bem e aumento da agricultura*».

Vai ser, porém, com a Revolução de 1820 que se dá o primeiro impulso sério na questão [1]. Nas *Constituintes*, discute-se, com vigor, a reforma dos forais, que são vistos como um dos muitos parasitas que afectam a vida da agricultura e, nomeadamente, violadores do direito de propriedade e do princípio de igualdade dos cidadãos perante a lei. Não foram, então, como alguns desejavam, completamente extintos [2].

Mas, por Decreto de 3 de Junho de 1822, promulgado em 5 do

1 Em petição dirigida às Cortes pela povoação de São João de Rei diz-se, com referência à Carta Régia de 1810, que «*não passou de hũ fantasma politico, dictado por cortesãos indignos para dourar a pilula do anticommercial tractado de 15 de Fevereiro de 1810, e mesmo anno, com que veio a destruir-se a liberdade do commercio portuguez*»; cfr. A. Silbert — *ob. cit.*, 50.

2 Borges Carneiro — *Discurso* pronunciado na sessão de 3 de Novembro sobre a reforma dos foraes, in *Discursos Parlamentares*, 35-36: «A agricultura em Portugal é uma árvore plantada em excelente terreno; mas, desde a raiz até à sua extremidade, cheia de musgo, que lhe chupa toda a substância. Essa matilha de juntas de obras públicas, juizes, escrivães, engenheiros, feitores, e beleguins das estradas do Alto Douro, do encanamento do Mondego e do Cávado, do Jardim Botânico de Coimbra é musgo. No exército, tantos hospitais militares, médicos, cirurgiões, dispensatórios, pharmaceuticos, audictores generaes, brigadas, divisões, comissariados: musgo. Na marinha: almirantado, junta da fazenda da marinha, tantos officiaes generaes quantos os botes no Tejo, direcção do Pinhal de Leiria e suas resinas: musgo (...). Na ordem chamada política, alcaides-mores, commendadores, senhores de terras, donatários da corôa: tudo isto é musgo. Limpemos a nossa bella árvore bem limpa de todo esse musgo; a substância que lhe está chupando a nutrirá e ella dará fructos abundantes. *Por esta allegoria ja vêdes, senhores, que a minha opinião sobre foraes e que não haja nenhum.*» Veja-se, também, o Discurso de 10 de Novembro, *loc. cit.*, 60 e segs..

mesmo mês, determinaram as *Cortes Constituintes* a *redução dos forais* [1]: fixaram-se, em metade, as pensões e foros estabelecidos, convertendo-se as rações ou quotas incertas, deste modo reduzidas, em prestações certas e remíveis; extinguiram-se as lutuosas e outros encargos extraordinários [2].

No entanto, a posterior evolução política determinará que, por Alvará com força de Lei, de 5 de Junho de 1824, se restituam os forais ao estado em que se achavam, antes da redução deliberada pelas dissolvidas Cortes; mas — confirmando, neste ponto, uma Carta de Lei de 5 de Abril de 1821 — manteve-se a supressão dos chamados *direitos banais* [3].

Um Decreto da mesma data de 5 de Junho de 1824, criou uma *Junta para a Reforma dos Foraes*, mas esta *Junta* foi dissolvida por Decreto de 1 de Fevereiro de 1825, e substituída pela *Junta das Confirmações Gerais* [4].

O passo decisivo veio a ser dado pelo Decreto de 13 de Agosto de 1832, um dos célebres decretos de Mousinho da Silveira, que revogou todos os forais e tributos ou pensões foraleiras, impostos pelos Reis ou pelos Donatários da Coroa ou Fazenda, por virtude de suas Doações [5]; uma Lei de 22 de Junho de 1846, completou a obra de Mousinho, esclarecendo alguns pontos que ofereciam dúvida.

4. *O sistema de fontes entre a Lei de 18 de Agosto de 1769 e o Código Civil de 1867.* A Lei de 18 de Agosto de 1769 tinha marcado o princípio de, na ausência de direito pátrio, só poder o *direito romano* ser havido como *subsidiário*, quando em conformidade com a boa razão; vimos que, três anos depois, nos Estatutos da Universidade, condescendera o legislador em que a *boa razão* pudesse ser procurada

1 A tese mais moderada era defendida, entre outros, por Fernandes Tomaz — Discurso pronunciado na sessão de 27 de Outubro sobre a reforma dos forais, *loc. cit.*, 120 e segs..

2 Veja-se Francisco Soares Franco — *Explanação à Lei de 5 de Junho de 1822 sobre a reforma dos Foraes*, Lisboa, 1822.

3 Por *direitos banais* entendiam-se «aquelles que resultavam da faculdade que os senhorios tinham nas terras do seu domínio ou jurisdição, de prohibir que se fizessem taes ou taes cousas, senão de certa determinada forma ou em certo e determinado lugar, tudo em particular utilidade ou maior proveito dos mesmos senhorios» (privilégios de *fornos, moinhos, lagares, boticas, estalagens*, etc.) Cfr. Silva Ferrão — *Repertório Comentado sobre Foraes e Doações Regias*, vol. I, Lisboa 1848, 58.

4 Para exame do ideário desse momento político, é importante Alberto Carlos de Meneses — *Plano de Reforma de Foraes*, Lisboa, 1825.

5 Veja-se Coelho da Rocha — *A Questão entre os Senhorios e os Foreiros ou o Espírito do Decreto de 13 de Agosto de 1832*, Coimbra, 1836.

no uso moderno das leis romanas, entre as nações civilizadas e polidas da Europa. Em matérias *políticas, económicas, mercantis* e *marítimas*, de acordo com o já estabelecido na Lei de 18 de Agosto de 1769, funcionavam, subsidiariamente, as leis das nações cristãs europeias. Estas disposições vieram introduzir a confusão e lançar o arbítrio na jurisprudência nacional [1]; com efeito, nem a tendência doutrinária do *usus modernus pandectarum* [2], nem as leis *políticas económicas, mercantis* e *marítimas* das nações europeias [3], ofereciam

1 J. J. Ferreira de Moura — *Reflexões Criticas*, 26-27: «Bem sabes que apezar de termos um codigo redigido sobre dois mais antigos, e apezar de termos uma tão grande fileira (ou falange) de Leis Extravagantes, era-nos necessário recorrer, ou às leis Romanas para ahi acharmos a decisão, que não achavamos nas nossas, ou aos Arestos para nos valermos de uma decisão análoga. O Marquez de Pombal quiz corrigir este (que elle chama) defeito; e tendo em vista quartar o arbitrio do Juiz, augmentou este arbitrio, segundo o meu modo de pensar; porque nos casos omissos, que (pela experiência *cavendi et judicandi*) bem sabes que são innumeraveis, manda-nos primeiro recorrer aos Codigos estranhos, e não encontrando nellas a regra de decidir, manda-nos recorrer à *Boa Razão*! Como seria possivel dar caracteres inerraveis à *Boa Razão*, por mais que se indicassem as suas fontes? Proscreveo-se o Aresto, e a Lei Romana, onde póde achár-se uma decisão fixa, e determinada; e substituio-se a *Boa Razão*, que nada tem de fixo e determinado! Daqui resulta que os nossos juizes tem actualmente mais arbitrio, consultando a *Boa Razão* da lei de 18 de Agosto de 1769, do que os Juizes de Inglaterra, consultando os seus Arestos, ou *precedents*.»

2 Correia Telles — *Commentario Critico à Lei da Boa Razão*, 42, n.º 88 «Quanto a mim este caminho he ainda mais espinhoso, que se seguirmos o trilho das outras regras já dadas (...) porque os DD. que escreverão nos últimos tempos, sobre o uso moderno das Pandectas, discordão muito entre si. Nada he mais frequente que Stryk censurar a Groenewegio, e Leeuwen, a Bugnyon, a Christineo, a Gudelin, a Zypeo, a Regner e outros DD. da Bélgica, e França, por darem por abrogadas as Leis Romanas, que elle diz não o estarem, ao menos em alguns dos Estados da Allemanha».

3 Fernandes Tomaz — *Relatorio acerca do Estado Público de Portugal, cit.*: «He verdade que o Dt.º das nações ilustradas da Europa se fez nesta parte (comércio) Dtº subsidiário do Reyno; mas quem não conhece a quantos abusos e inconvenientes he subjeito este methodo de julgar das acções do cidadão? Como pode elle saber huma ley que he publicada em diverso paiz? E não a sabendo e talvez, nem tendo noticia da sua existência, com que justiça lhe he imputada a falta de observância della?; Correia Telles — *Commentario*, 62, n.º 144: «Porém — podendo, e devendo com justa razão ter-se por civilisadas todas as Nações da Europa, só se exceptuarmos a Turquia; e tendo cada huma os seus Estatutos; muitas vezes nos acontece o acharmos disposições encontradas sobre o mesmo caso. Eis aqui aberta a porta ao arbitrio dos julgadores, que podem conformar-se a este ou àquelle Estatuto, como lhe parecer. E sendo tantas as Nações da Europa e tão diversas as línguas he muito difficil por não dizer impossível, que os nossos julgadores possão comprehender tantos e tão vários Estatutos dos quaes apenas temos em linguagem os poucos, que inserio nos seus princípios de Direito Mercantil José da Silva Lisboa.» Veja-se, ainda, Ferreira Borges — *Diccionario*, s.v. *Razão Escripta*, 411, s.v. *Direito Maritimo*, 157.

a univocidade ou facilidade de apreensão, que o legislador português parecia pressupor.

É, assim, por força da desorientação criada — e, também, pelas suas raízes ideológicas — que o movimento *liberal* não professará o *anti-romanismo* que animara a Lei de 18 de Agosto de 1769. Ao contrário, o direito romano é, pelos nossos juristas do século XIX, julgado, de um modo geral, com equanimidade, quando não com favor. Há um regresso ao direito romano. Ferreira Borges — vintista do Sinédrio — comentando a referida Lei da Boa Razão, diz expressamente: «Nós achamos enfim que as expressoens desta lei contra o direito romano, sem exceição, não são appropriadas. É sem dúvida notável que o Marquez de Pombal se enraivasse tanto em 1769 contra o direito desse povo que chamava gentio, e tres annos depois fazendo a reforma dos Estatutos da Universidade mandasse nella ensinar esse direito por *quatro annos* num curso de cinco, guardando so um para direito patrio! O direito romano, é verdade, foi legislado em diversas épocas e em diferentes formas de Governo, e constituiçoens varias, *porem qual é a sua differença essencial entre a sua legislação dos contractos, que os romanos conhecerão, e ultimas vontades, e a legislação universal dos mesmos contractos e testamentos oje? As pouquissimas exceiçoens já a legislação actual as tem marcado: o demais, é tudo direito romano: o demais é razão escripta immutavel ha desesepte seculos: o demais é lei que durará, talvez, eternamente*» [1].

Como dissemos é, do ponto de vista ideológico, compreensível esta posição do liberalismo perante o direito romano. O pensamento liberal estava realizando uma revolução política, e não uma revolução social. Por isso, vai atacar as estruturas políticas, enfrentando o

[1] Ferreira Borges — *Diccionario Juridico - Commercial*, Lisboa, 1839, s.v. *Razão Escripta*, 411-412. Também João da Cunha Neves e Carvalho Portugal — *Oração de abertura, cit.*, afirmava que «a tão decantada lei de 18 de Agosto foi verdadeiramente uma lei enthusiastica e excêntrica ao nosso systema de direito. Ella anniquilou de súbito o direito romano, que sensata, e congruentemente subsidiava; e promettendo muito nada satisfez, deixou um vazio immenso do qual resultaria necessariamente a confusão e a anarchia do arbitrio, se alguns annos depois lhe não acudissem com os estatutos novos da universidade, reconhecendo a necessidade indispensável do mesmo direito, que ainda hoje é o alimento mais sólido e substancial dos alunos juristas. O bom senso dos jurisconsultos portugueses, e as necessidades do fôro fizeram, com limitadas excepções justiça da dicta lei, e aquele subsídio nato e antigo foi restabelecido na prática forense, e nesta boa posse felizmente se conserva». Vejam-se, ainda, Joaquim José Caetano Pereira e Sousa — *Esboço de hum Dicionario Juridico, Theorico, e Practico, Remissivo às Leis Compiladas e Extravagantes*, Obra póstuma, Lisboa, 1825, s.v., *Direito* e António Luiz de Sousa Henriques Secco — *Manual Histórico de Direito Romano* (...), Coimbra, 1848, 56 e seg.

absolutismo monárquico e dando o golpe de misericórdia no já decadente regime senhorial que tinha a sua expressão no chamado direito feudal [1]; mas, porque não pretende modificar, alterar a estrutura social do país, porque pretende, apenas, instaurar a igualdade política e jurídica [2], daí que o essencial das instituições de direito privado — «*dos contractos e das ultimas vontades*», como dizia Ferreira Borges — se mantenha.

Sucede, ainda, que, desde os meados do século XVIII, mas principalmente no XIX, vai ser o panorama jurídico do continente europeu, em diversos países, modificado pela promulgação de *Códigos Civis*. Ora, também este facto, vai ter a sua importância no esquema das fontes, em Portugal. Na verdade, enquanto ao tempo da promulgação dos *Estatutos* eram as obras da tendência do *usus modernus pandectarum* que constituíam direito subsidiário, agora, são os recém-publicados *Códigos* europeus que tomam essa função. Ensaia-se uma interpretação dos Estatutos, entendendo-se que se o legislador consentia «*averiguar o uso moderno das nações nos escritos dos seus jurisconsultos, por maioria de razão deve ser procurado nas suas leis*» [3].

[1] A. de Tocqueville — *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, 1964, Liv. I, cap. 5, 79-81: «Quand on la sépare de tous les accidents qui ont momentanément changé sa phisionomie à differentes époques et dans divers pays, pour ne la considerer qu'en elle-même, on voit clairement que cette révolution n'a eu pour effet que *d'abolir ces institutions politiques qui, pendant plusieurs siècles, avait regné sans partage chez la plupart des peuples européens, et que l'on designe d'ordinaire sous le nom d'institutions féodales*, pour y substituer un ordre social et politique plus uniforme et plus simple, qui avait l'égalité des conditions pour base». Entre nós, a crítica ao direito feudal pode ver-se em Borges Carneiro — *Portugal Regenerado*, 9 e segs..

[2] Dificilmente, neste ponto, se pode encontrar melhor síntese que a de Silvestre Pinheiro Ferreira, falando da Carta Constitucional: «Como esta tem por objecto, não o fazer passar o povo portuguez repentinamente, e como por encanto, do estado de abatimento em que se acha, ao mais alto grao de felicidade a que pode alcançar: *entendemos que era indispensável cortar de uma vez e d'um só golpe tudo quanto fosse privilégio; mas que por isso mesmo era tanto mais preciso respeitar a propriedade dos privilegiados*» (*Projectos de Ordenações*, Advertência, pág. V.). Sobre o problema da *igualdade*, veja-se Cabral de Moncada — *Estudos*, Vol. II, 67 e segs..

[3] Coelho da Rocha — *Instituições de Direito Civil Portuguez*, Coimbra, 1857[4], I, 284. Correia Telles — *Digesto Portuguez*, Coimbra, 1860[5], I, 7-8, ainda dá outra justificação ao facto de citar Códigos estrangeiros, dizendo que «*Outro tanto se encontra em jurisconsultos nossos e antigos: e a razão que davam para sua desculpa era, que ainda que as Leis d'outro Reino não tivessem autoridade alguma em o nosso, com tudo as suas disposições podiam muitas vezes ser abraçadas como opinião mais provável que merecera ser adoptada por lei*». Veja-se, por exemplo, Baptista Fragoso — *Regimen Reipublicae*, tomo II, Genebra, 1737, Parte I, Lib. IV, Disp. X, § II, n. 188, 411: «Habent ergo hae leges

E é assim, que, os juristas oitocentistas Almeida e Sousa, Gouveia Pinto, Correia Telles e Coelho da Rocha vão considerar, como disposições subsidiárias, preceitos tirados do *Código Civil Francês* [1], dos *Códigos da Prússia*, da *Áustria*, da *Sardenha* e outros. Deste modo, como bem anota Braga da Cruz, o direito privado português, nas vésperas do *Código Civil de 1867*, era a resultante de três diferentes e sucessivas camadas: em primeiro lugar «o fundo tradicional ou escolástico, formado pelas Ordenações, pela legislação extravagante anterior a meados do século XVIII, e pela massa imponente dos tratados dos nossos velhos praxistas. Em seguida, o contributo da época jusnaturalista, formado pela legislação da segunda metade do século XVIII e pelas inovações doutrinárias introduzidas à sombra dela, pelos juristas. E, finalmente, a legislação liberal de inspiração individualista, e a avalanche dos preceitos importados dos Códigos estrangeiros de subsidiários» [2]. Talvez apenas, se possa acrescentar que, por detrás destas camadas, o *Corpus Iuris* é, ainda, com muita frequência, invocado.

5. *O sistema de fontes no Código Civil de 1867.* O art. 9.º da primeira versão do projecto de Seabra, estabelecia que «Ninguém pode escusar-se ou renunciar ao cumprimento da lei que não seja meramente em seu favor, e sobre direitos effectivamente adquiridos; *nem invocar como escusa*, a ignorância ou *o desuso da lei*». E, no art. 12.º, determinava-se que «*Se as questões sobre direitos e obrigações não poderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos, previstos em outras leis, regular-se-hão pelos princípios geraes de equidade, segundo as circunstancias do caso, e sem*

extra propria regna, ac dominia eorum vim opinionis unius Doctoris gravissimi; quia plerumque sunt conformes juri communi, et fundantur in ratione bona naturali, descenduntque ex dictis sapientum, ut dicitur in proemio legum partitarum, in vers. e tomemos, et in l. I. Tauri, in vers. por que». Nesta matéria, Braga da Cruz — *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*, Braga, s. d. (separata de *Scientia Iuridica*, IV, 234 e segs.), Almeida Costa — *Enquadramento historico do Codigo Civil*, Coimbra, 1962 (separata de *B. F. D. C.*, vol. XXXVII) e, agora, o importante estudo de Bartolomé Clavero — *Lex Regni Vicinioris. Indicio de España en Portugal*, Coimbra, 1983.

[1] Falando do Código francês, dizia Ferreira Borges que «Nas matérias de puro direito civil, e em falta de lei pátria expressa, preferimos as determinações do *Código Civil da França*, a mais sábia e precisa collecção de direito civil, que conhecemos, e que podia ser com pouquissimas excepções o Código Geral das nações». (*Diccionario Juridico-Commercial*, Prefácio.)

[2] Braga da Cruz — *Formação histórica*, 23.

que possa recorrer-se a nenhuma legislação estrangeira, a não ser como em testemunho d'essa mesma equidade» [1].

Assim, em primeiro lugar (parte final do art. 9.º), afirmava-se a superioridade da lei: o desuso não vence a lei. Em segundo lugar (art. 12.º), estabelecia-se que, na ausência de lei, directamente aplicável, haveria recurso à *analogia* e, em seguida, a *equidade*. Note-se que não ficava, por completo, impedida a utilização da legislação estrangeira, utilização tão frequente, como se disse, no período que antecedeu o Código; na verdade, em testemunho da equidade, era, ainda, possível o recurso às leis estrangeiras.

Não suscitou o art. 9.º do projecto [2] objecções; outro tanto não aconteceu com o art. 12.º. Vicente Ferrer de Netto Paiva declarou ser necessário definir o que se entendia por *equidade* e, quanto ao subsídio dos *Códigos estrangeiros*, afirmou que tal facto importaria a abdicação de soberania, da razão pública e da autonomia nacional [3]. Também se atacou a inclusão da *equidade*, entre as fontes subsidiárias, invocando a sua incerteza [4] ou, ainda, o ser mais consentânea com o *direito comercial*, que com o *direito civil;* quanto às leis estrangeiras existia, igualmente, o argumento de que o legislador tinha obrigação de conhecer essas leis e de adoptar as que aproveitáveis fossem.

[1] Tinha este artigo, como fontes mais próximas, o art. 15.º do Código da Sardenha, o art. 7.º do Código da Áustria e o art. 4.º do Código do Ducado de Bade. O art. 15.º do Codigo da Sardenha prescrevia que «Se uma questão não puder ser resolvida nem pelo texto, nem pelo espírito da lei, recorrer-se-á aos casos semelhantes especialmente previstos nas leis e aos princípios que servem de fundamento a leis análogas; se contudo a questão é ainda duvidosa, recorrer-se-á aos princípios gerais do direito, tomando em consideração todas as circunstâncias do facto». No que diz respeito à parte final do artigo do projecto, cumpre dizer que, também no art. 3.º do *Código do Cantão de Vaud*, se consignava a proibição de recorrer à legislação estrangeira (Cfr. Saint-Joseph — *Concordance entre les Codes Civiles Étrangers et le Code Napoléon*, Paris, 1856²; Morais Carvalho — *Observações sobre a Primeira Parte do projecto do Código Civil Portuguez*, Lisboa, 1857, 17; J. Dias Ferreira — *Código Civil Portuguez Anotado*, Vol. I, Lisboa, 1870, 36-38).

[2] Veio a converter-se no art. 9.º do *Código Civil*, com algumas correcções: «Ninguém pode eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei, com o pretexto de ignorância desta, ou com o do seu desuso».

[3] Vicente Ferrer de Netto Paiva — *Reflexões sobre os sete primeiros títulos do livro único da parte 1.ª do Projecto do Código Civil Portuguez*, Coimbra, 1859.

[4] E o caso, nomeadamente, de Acácio Mergulhão Cabral Macedo e Gama — *Direito subsidiário pela legislação antiga e pela actual do Código* in *Jornal de Jurisprudência*, 4.º Ano, n.º 6, de 27 de Junho de 1866, que, em matéria de direito subsidiário, se manifestava a favor do *statu quo*. Este estudo — apesar da data com que figura — foi consoante nota da redacção do *Jornal* «elaborado muito antes da publicação do Código Civil (...)».

Seabra — respondendo a Vicente Ferrer — veio dizer que «falando-se no artigo nos principios geraes da equidade, parece-nos que mui claramente se indicavam os principios de direito natural, ou da boa razão [1] a que se refere a lei de 18 de Agosto de 1769, § 9, e Estatutos da Universidade, L. 3, tit. 5, cap. 2. Entretanto, para evitar todas as dúvidas, convimos em que a palavra — *equidade* seja substituída pelas palavras — do *direito natural*». Quanto à autoridade dos Códigos estrangeiros dizia Seabra ser «certo que esta autoridade, absolutamente considerada, não pode tomar-se como critério decisivo; porém, nos termos do artigo, isto é, concorrendo em confirmação dos principios achados pela razão, não há dúvida que essa autoridade adquire não pequena importância. Em uma palavra, o artigo não diz que os principios da equidade serão estabelecidos, segundo o que se achar decidido nos Códigos estrangeiros, mas unicamente que poderão ser chamados em confirmação d'esses principios; e n'estes termos parece-nos que a nossa doutrina não pode ser regeitada» [2]. No texto definitivo, deixou, efectivamente, de se falar na *equidade* — substituindo-a pelos *principios de direito natural* [3] — mas não se admitiu, em caso, algum, a utilização das leis estrangeiras, como fonte subsidiária [4]. Deste modo, veio o art. 16.º do *Código Civil*

1 Seabra, neste ponto, aderia às considerações de Correia Telles, expressas no *Discurso sobre a Equidade* (editado em Lisboa, 1824, como suplemento do *Commentario Critico à Lei da Boa Razão*, 92 e segs.). Dizia Correia Telles (pág. 94) que «a Equidade em sentido largo, é a meu ver, o mesmo que o Direito Natural não escripto, isto he não sanccionado por Leis Positivas». Para *boa razão* e *equidade*, vejam-se págs. 98-99.

2 António Luís de Seabra — *Resposta às reflexões do Sr. Doutor Vicente Ferrer Netto Paiva sobre os sete primeiros Capitulos do projecto do Código Civil Portuguez*, Coimbra, 1859, 22.

3 Assim se votou na *Comissão Revisora*, sob proposta de Levy Maria Jordão. Aprova-a José Tavares, afirmando ter a «*vantagem de traduzir o espirito ou a filosofia do Codigo Civil, que foi baseado nos principios da escola do direito natural*». (Cfr. José Tavares — *Princípios Fundamentais de Direito Civil*, Vol. I, Coimbra, 1930², 181). Dias Ferreira — *Analise critica*, citada na nota seguinte, manifestava a sua preferência pelos *princípios gerais* de direito. Na Câmara dos Deputados, Costa Lemos insurgiu-se contra a remissão para os principios de direito natural, com receio de que, daí, nascesse o arbitrio e apontando o mau precedente da Lei de 18 de Agosto de 1769. (Cfr. *Revista Crítica de Jurisprudência Geral e Legislação*, 1.º Ano, Tomo I, Lisboa, 1870, 300-1).

4 Aplaudindo esta medida, dizia Dias Ferreira que «*O Código novo, que apella para outra collecção de leis, como subsidiarias, dá n'isso mesmo testemunho da sua imperfeição. O codificador não tem desculpa por deixar de consignar na sua obra as disposições já escriptas em livros conhecidos. A intellegencia humana não pode alcançar a prever todas as hypotheses, da vida social, que estão submetidas à acção jurídica, mas pode e deve alcançar as provisões escriptas e conhecidas*» (Cfr. Dias Ferreira — *ob.* e *loc. cits.*). Já antes, o mesmo Autor — *Analyse crítica do projecto do código civil portuguez, Artigo 16* in *Jornal de Jurisprudência*, n.º 24 de 18 de Agosto de 1866, se pronunciara em idêntico sentido. Costa Lemos — *ob.* e *loc. cits.* defendia o recurso «à legislação anterior n'aquillo que não fosse contrário ao espírito do código e na falta d'esta aos códigos das nações civilizadas».

a ficar com a seguinte redacção: «*Se as questões sobre direitos e obrigações não poderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos, prevenidos em outras leis, serão decididos pelos princípios de direito natural, conforme as circunstâncias do caso*» [1].

6. *A cultura jurídica* [2]. Nesta época, no campo do *direito civil* — e antes da promulgação do *Código* — há a indicar os nomes de Borges Carneiro, autor do *Direito Civil de Portugal*, Lisboa, 1826-1828; Correia Telles, com abundante, bibliografia, onde sobressai o *Digesto Portuguez*, Lisboa, 1835; Liz Teixeira, autor do *Curso de Direito Civil Portuguez*, Coimbra, 1845 e Coelho da Rocha, que escreveu as fundamentais *Instituições de Direito Civil Português*, Coimbra, 1848.

Após a publicação do Código Civil de 1867, devem citar-se os nomes de José Dias Ferreira — *Código Civil Portuguez annotado*, Lisboa, 1870-1876 e Guilherme Moreira — *Instituições do direito civil português*, Coimbra, 1909-1911.

No campo do *direito comercial*, apontem-se Ferreira Borges, cujas obras principais são as *Instituições de Direito Cambial Portuguez*, Londres, 1825, a *Jurisprudência do Contrato Mercantil de Sociedade*,

1 Nesta sua forma definitiva, o artigo aproximou-se muito do pensamento de Leibniz — *Nova Methodus Discendae Docendaeque Jurisprudentiae ex Artis Didacticae Principiis*, Parte II, § 71: «*Principia decidenti* sunt *ratio* ex jure naturae, et *similitudo* ex jure civili certo (...) in iis casibus de quibus lex se non declaravit secundum jus naturae esse judicandum; quemadmodum in casu cessantium statutorum judicatur secundum jus commune (...) Confugiendum tamen nonnunquam ad alias leges civiles similes, vel et *verbis*, vel *mente legislatoris*». E, mais adiante, insiste-se em que dois são os «*principia decidendi, Ius naturae et lex similis*». Por esse motivo, é que Alves de Sá — acérrimo adversário do carácter conservador do Código de 1867 — dizia que «*O art. 16.º, tão decantado, é tão novo, como é novo e moderno o grande Leibnitz*». (Alves de Sá — *A Actualidade do Direito Civil Legislado — A Emphyteose*, pág. XX; v. também, pág. LXXVII). Sobre o art. 16.º, veja-se Manuel de Oliveira Chaves e Castro — *Estudo sobre o Artigo XVI do Código Civil portuguez e especialmente sobre o direito subsidiário civil portuguez*, Coimbra, 1871; também, a referida *Analyse crítica* de Dias Ferreira. É muito fraco o estudo de Teófilo Braga — *Espírito do Direito Civil Moderno — Direito subsidiário, propriedade, contractos*, Porto-Braga, 1870.

2 Neste ponto, pode ver-se a pequena síntese, elaborada com Armindo Ribeiro Mendes — *A ciência do Direito no último século: Portugal*, Pádua, 1976, sep. de M. Rotondi — *Inchieste di Diritto Comparato — La scienza del Diritto nell'ultimo secolo*, Pádua, 1976.

Londres, 1830; e *Diccionario Juridico-Comercial*, Lisboa, 1839; Diogo Forjaz — *Annotações ao Codigo de Commercio Portuguez*, Coimbra, 1855-1857; Marnoco e Sousa — *Das letras, livranças e cheques*, Coimbra, 1905-1906; J. G. Pinto Coelho — *Direito Commercial Portuguez*, 1914 e Cunha Gonçalves — *Commentario ao Codigo Comercial Português*, Lisboa, 1914-1918.

No *direito penal*, são de salientar Levy Maria Jordão — *Comentário ao Código Penal Portuguez*, Lisboa, 1835; Silva Ferrão — *Teoria do Direito penal aplicado ao Código Penal Portuguez*, Lisboa, 1856-1857 e Henriques da Silva — *Elementos de Sociologia Criminal e Direito Penal*, Coimbra, 1905.

No direito internacional privado, há que indicar Lucas Falcão — *Do Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1868 e Machado Vilela — *Tratado elementar (teórico e prático) do Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1921-1922.

No direito processual, mencionem-se Correia Telles — *Manual do Processo Civil*, Lisboa, 1842 e *Formulario de Libelos e Petições Sumarias*, Coimbra, 1845; Francisco Nazaré — *Elementos do Processo Criminal*, Lisboa, 1846 e *Elementos do Processo Civil*, Coimbra, 1850-1857; Dias Ferreira — *Código do Processo Civil Anotado;* Alves de Sá — *Comentário ao Código do Processo Civil*, Lisboa, 1878-1880; Neves e Castro — *Manual do Processo Civil Ordinário*, Coimbra, 1881 e José Alberto dos Reis — *Processo Ordinário Civil e Comercial*, Coimbra, 1907.

Nos outros ramos do *direito público*, são de citar Sousa Pinto — *Apontamentos de Direito Administrativo*, Coimbra, 1849; Justino António de Freitas — *Instituições de Direito Administrativo Português*, Coimbra, 1857; Lopes Praça — *Direito Constitucional Português*, Coimbra, 1880; Guimarães Pedrosa — *Curso de Ciencia da Administração e Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, 1908[2]; José Frederico Laranjo — *Princípios de Direito Político e Constitucional Português*, Coimbra, 1898-1903; Marnoco e Sousa — *Comentário à Constituição Política da República Portuguesa*, Coimbra, 1913; Rocha Saraiva — *Construção Jurídica do Estado*, Lisboa, 1912; Magalhães Collaço — *Concessões de Serviços Públicos*, Coimbra, 1914 e Fezas Vital — *Do Acto Jurídico*, Coimbra, 1914.

7. *A Universidade* [1]. Vamos ver, a traços largos, a evolução do

[1] Para a evolução, em geral, veja-se Almeida Costa — *Leis, Cânones, Direito, Faculdade de* in *Dicionário de História de Portugal*, 683-695 e bibliografia aí indicada; para a Faculdade de Direito de Lisboa, veja-se Marcello Caetano — *Apontamentos para a História da Faculdade de Direito de Lisboa*, Lisboa, 1961 (separata da *Rev. da Fac. de Dir. de Lisboa*, vol. XIII).

ensino jurídico no âmbito da Universidade. O facto principal a indicar é o de que vão desaparecer as duas tradicionais *Faculdades de Leis* e de *Cânones*, simbolizadoras do *utrumque ius* [1]. Efectivamente, um Decreto de 5 de Dezembro de 1836, da ditadura setembrista de Passos Manuel, estabeleceu que as duas Faculdades seriam substituídas pela *Faculdade de Direito:* também, nesse momento, a Cadeira de *Direito Patrio* se desmembrou em *Direito Público, Direito Civil* (2 cadeiras), *Direito Comercial* e *Direito Criminal.* Instituíu-se, ainda, a cadeira de *Economia Política* e tornou-se obrigatória a frequência da cadeira de *Medicina Legal.*

Nos tempos que se seguem, até ao fim do século XIX, como acentua Almeida Costa «não se produziram mudanças bruscas e radicais, mas apenas progressivos retoques na reforma de Manuel Passos». Em 1853 criou-se uma cadeira de *Direito Administrativo Português e Princípios de Administração*, depois de — desde 1843 — ter estado anexada à Cadeira de Direito Criminal; em 1865, é dada autonomia à Cadeira de *Finanças.* Também, nesta data, se dá um maior desenvolvimento ao Direito Civil, em detrimento do Direito Romano, que vê as duas existentes cadeiras reunidas em uma só.

A reforma de 1901 — sob o signo do positivismo sociológico — constitui um marco importante no ensino universitário. Estabeleceu-se uma cadeira de *Sociologia Geral e Filosofia de Direito*, a cadeira de *Princípios Gerais do Direito Penal e Legislação Penal Portuguesa* passou a denominar-se de *Sociologia Criminal e Direito Penal.* Criou-se, ainda, a cadeira de *Direito Internacional* (abrangendo o Público e o Privado) e uma cadeira de *Administração Colonial.* Dentro de um espírito pragmático, autonomizou-se a cadeira de *Prática Extra-Judicial.*

Segue-se a reforma de 1911 — sob inspiração do positivismo jurídico — produto de estudos elaborados a partir de 1906 e que, depois da reforma pombalina, terá sido a nossa mais estruturada reforma universitária; então se operou a divisão da cadeira de Direito Internacional num curso de *Direito Internacional Público* e numa cadeira de *Direito Internacional Privado.* Posteriormente, no mesmo espírito de 1911, registaram-se as reformas parciais de 1918 e de 1922 (que criou o curso de *Direito Fiscal).*

Há a dizer que, em 1913 — graças ao esforço de Afonso Costa — surge, em Lisboa, a *Faculdade de Estudos Sociais e de Direito* que, a

[1] Para os antecedentes, veja-se L. Reis Torgal e Isabel Nobre Vargues — *A Revolução de 1820 e a Instrução Pública*, Porto, 1984.

partir de Setembro de 1917, passou a ter a designação de *Faculdade de Direito*. O Decreto-Lei n.º 15 365, de 12 de Abril de 1928, sendo Ministro da Instrução Alfredo de Magalhães, suprimiu a Faculdade de Direito de Lisboa; todavia, a forte reacção dos Professores desta Faculdade fez com que, poucos meses depois, sendo já Ministro da Instrução, Duarte Pacheco, o Decreto-Lei n.º 16 044, de 13 de Outubro de 1928, restaurasse a *Faculdade de Direito de Lisboa*.

Entretanto, nos dias de hoje o ensino do Direito deixou de ser exclusivamente estatal. Assim, existe o curso de Direito na Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa e, também, a Faculdade de Direito da Universidade Livre.

ÍNDICE GERAL

INTRODUÇÃO

1. Ideia de Direito 1
2. Ideia de História 5
3. História do Direito 9
4. História do Direito Português 10
5. Periodizacão 13
6. Periodização da História do Direito Português 16
7. A História do Direito em Portugal. Principais colecções documentais 19
8. Plano de exposição da Cadeira 25

ANTECEDENTES DE PORTUGAL

1. Espanha pré-romana 27
2. A Espanha romana 31
3. A Espanha visigoda 37
4. A Espanha visigoda (cont.). Problemas relacionados com as fontes de direito: a personalidade ou territorialidade do direito visigodo 44
5. A Espanha visigoda (cont.). Problemas relacionados com as fontes de direito: a personalidade ou territorialidade do direito visigodo. Estado actual do problema 54
6. A Espanha visigoda (cont.). Problemas relacionados com as fontes de direito: possível subsistência de um direito consuetudinário visigodo 63
7. A Espanha muçulmana 65
8. A Reconquista. A criação dos reinos cristãos 68
9. A questão do ermamento 71
10. A concessão da terra portugalense a D. Henrique: sua natureza jurídica ... 79
11. A concessão da terra portugalense a D. Henrique: sua natureza jurídica (cont.). Posição tomada 87

I

PERÍODO DE DIREITO CONSUETUDINÁRIO E FORALEIRO

(1140-1248)

1. A fundação do Reino de Portugal 99
2. Caracteristicas do direito neste período: predomínio do direito consuetudinário 106

3. Código Visigótico 112
4. Costume. Foros ou estatutos municipais 114
5. Cartas de privilégio. Forais 116
6. Leis da Cúria do Leão, dos Concílios de Coiança e Oviedo. Leis gerais dos monarcas portugueses 119
7. Concórdias 121
8. Direito Canónico 122

II

PERÍODO DE INFLUENCIA DO DIREITO COMUM

(1248-1750)

I

ÉPOCA DE RECEPÇÃO DO DIREITO COMUM

(1248-c. 1446)

1. O afastamento de Sancho II. «Sacerdotium», «Imperium» e «Regna» no pensamento medieval 129
2. Renascimento do direito romano. Glosadores, Pós-acursianos e Comentadores. A sistematização medieval do «Corpus Iuris Civilis» 140
3. A Dialéctica como lógica do provável em Aristóteles. Probabilidade e opinião 146
4. O argumento de autoridade na ciência jurídica medieval. Acúrsio, Bártolo e communis opinio doctorum 149
5. Recepção do direito romano em Portugal 153
6. Recepção do direito romano em Portugal (cont.). Influência castelhana provinda das obras doutrinais de Jácome Ruiz e da legislação elaborada por Afonso X, o Sábio 158
7. Direito Canónico 162
8. Concórdias e Concordatas 163
9. Costume 165
10. Forais 167

11. Leis gerais. O rei como árbitro do conflito entre as várias fontes de direito. A publicação das leis 167
12. A fundação da Universidade 175

II

PERÍODO DE INFLUÊNCIA DO DIREITO COMUM

(1248-1750)

II

ÉPOCA DAS ORDENAÇÕES

(c. 1446-1750)

1. A dinastia de Aviz e as primeiras tentativas de sistematização das fontes de direito 185
2. Ordenações Afonsinas 190
3. Direito subsidiário nas Ordenações Afonsinas. Pluralismo de fontes e sua hierarquização 193
4. Ordenações Manuelinas 206
5. Direito subsidiário nas Ordenações Manuelinas 210
6. A reforma dos forais 213
7. Colecção de Leis Extravagantes de Duarte Nunes de Leão 215
8. A nova valoração do direito romano no século XVI. O Humanismo 217
9. Ordenações Filipinas. O direito subsidiário 221
10. As leis: suas espécies. A publicação das leis. Colecções de leis extravagantes 224
11. Assentos da Casa da Suplicação. Assentos da Relação do Porto e das Relações Ultramarinas 228
12. Estilo da Corte e Costume 229
13. Direito Canónico 235
14. Comum Opinião dos Doutores 238
15. A probabilidade como regra prudencial 250
16. Apreciação geral do sistema de fontes nesta época 253
17. A cultura jurídica 256
18. A Universidade 259

III

PERÍODO DE INFLUÊNCIA ILUMINISTA

(1750-1820)

1. Características gerais do período iluminista 263
2. Crítica da tradição jurídica: direito romano e communis opinio doctorum 264
3. Racionalismo e Direito. A escola do direito natural. O «usus modernus pandectarum» 269
4. Influência do Iluminismo, relativamente ao Direito em Portugal. Os «estrangeirados»: Verney 273
5. A lei de 18 de Agosto de 1769 276
6. Reforma dos estudos de Direito. O Compêndio Histórico e os Novos Estatutos 279
7. A cultura jurídica 283
8. O Novo Código 284
9. A primeira invasão francesa e o Código Napoleão 287
10. O Código Penal Militar 288
11. Colecções de Leis 288

IV

PERÍODO DE INFLUÊNCIA LIBERAL E INDIVIDUALISTA

(1820-1926)

1. Características gerais do período de influência liberal e individualista. A Revolução de 1820 291
2. O movimento de codificação em Portugal 293
3. A extinção dos forais 298
4. O sistema de fontes entre a Lei de 18 de Agosto de 1769 e o Código Civil de 1867 300
5. O sistema de fontes no Código Civil de 1867 304
6. A cultura jurídica 307
7. A Universidade 308

ERRATA

	Onde se lê	Leia-se
Na pág. 41, linha ~~6 d. f.~~ 10 da n. 2	*«Exumen»*	*«Examen»*
Na pág. 41, linha ~~6 d. f.~~ 11 da n. 2	*godos*	*Godos*
Na pág. 187, linha ~~6 d. f.~~ 9 da n. 2	*Nicoli*	*Nicolini*
linha 1 da Na pág. 240, Nota 4	*Michaud — Quentin*	*P. Michaud — Quantin*
Na pág. 256, linha ~~2 d. f.~~ 6 da n. 3 da pág. anterior	*freio*	*fio*

Max-Plan
für europäische R
- Biblic

MOOO:

Esta edição de HISTÓRIA DO DIREITO PORTUGUÊS — Fontes de Direito, de Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, foi composta, impressa e brochada para a *Fundação Calouste Gulbenkian* nas Oficinas Gráficas da Empresa do Diário do Minho, Limitada, Sucessora-Braga. A tiragem é de 6.000 exemplares, Junho de 1985

N.º de Registo N.º 1903/85

Edições da FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN

Manuais Universitários

No prosseguimento dos fins gerais que a orientam, foi a Fundação levada a intervir na produção de livros portugueses, patrocinando e editando obras diversas e de diverso carácter — científico, técnico, artístico, histórico. Pretende agora, através dum plano amplo e sistemático, atingir aqueles sectores onde seja mais flagrante a necessidade de amparo ou de incentivo. Nesta primeira fase do plano estabelecido, pensou-se no ensino superior: estudantes que não encontram livros adequados e de preço acessível, professores que por vezes deparam com dificuldades para publicar as suas lições ou os seus trabalhos de investigação. A uns e outros oferece a Fundação facilidades que possibilitem a eficiência cada vez maior desse escalão fundamental da nossa cultura. Originais e traduções, mestres portugueses e estrangeiros, vão figurar nesta colecção, que se procurou rodear dos maiores cuidados e exigências técnicas.

178 volumes publicados

Próximas publicações:

Erasmo da Cristandade — R. Bainton

Bioquímica nos Solos — A. Dias Correia

Textos Clássicos

10 volumes publicados

Próxima publicação:

Crítica da Razão Pura — Kant

Cultura Portuguesa

24 volumes publicados

Próxima publicação:

Obra Completa de Faria de Vasconcelos, I vol.

Capa de Sebastião Rodrigues